

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA
PROTECTION LÉGALE
DES
ENFANTS DE PREMIER LIT

Dans l'histoire du droit romain et du droit français

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le Jeudi 31 Mai 1900 à 9 heures 1/2.

PAR

François MOREL

Avocat à la Cour d'Appel de Riom

Président : M. LEFEBVRE, professeur.

*Assesseurs { MM. GÉRARDIN
 { JOBBÉ-DUVAL { professeurs.*

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront posées
sur les autres matières de l'enseignement.

PARIS

JOUVE ET BOYER

IMPRIMEURS

15, Rue Racine, 15

1900

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA

PROTECTION LÉGALE

DES

ENFANTS DE PREMIER LIT

Dans l'histoire du droit romain et du droit français

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le Jeudi 31 Mai 1900 à 9 heures 1/2.

PAR

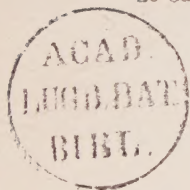
François MOREL

Avocat à la Cour d'Appel de Riom

Président : M. LEFEBVRE, professeur.

*Assesseurs { MM. GÉRARDIN
 JOBÉ-DEVAL } professeurs.*

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront posées sur les autres matières de l'enseignement.



PARIS

JOUVE ET BOYER

IMPRIMEURS

15, Rue Racine, 15

1900



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DE LA

PROTECTION LÉGALE

DES

ENFANTS DE PREMIER LIT

Dans l'Histoire du Droit romain et du Droit français

INTRODUCTION

Sans entrer dans les hypothèses modernes sur les origines du mariage, la constitution et le régime du groupe familial dans les sociétés primitives (1), nous envisagerons la condition de l'enfant de premier lit à l'époque où la famille dégagée de la formation communautaire est déjà fondée sur la monogamie. C'est alors seulement qu'a pu se présenter le problème dont nous nous proposons l'étude.

1. Consulter : Starcke. *La famille primitive*, Paris, 1891, p. 96 et suiv. — Darwin, *Descent of man*. — Dargun, *Mutterrecht und Raubehe und ihre Reste im germanischen Recht und Leben*. Breslau, 1883. — Paul Janet, *La famille* (16^e édit., 1897).

La question se posa dès qu'on en fut arrivé à la conception moderne du mariage, union d'un seul homme et d'une seule femme, dissoluble par différentes causes et susceptible d'être renouvelée après sa dissolution. Les époux une fois séparés par la mort ou le divorce, une nouvelle union est possible ; un autre conjoint peut venir prendre dans la famille la place du disparu et se trouver en présence d'enfants issus du premier lit. Quelle sera leur attitude respective ? Si nous en croyons le sentiment populaire, cette intrusion d'un nouveau membre dans le groupe familial ne serait rien moins qu'une calamité domestique. La situation des orphelins livrés aux mains d'un parâtre ou d'une marâtre a, dès longtemps, le privilège d'exciter la commisération (1) ; sur ce thème inépuisable la verve toujours féconde des poètes, dramaturges et romanciers sentimentaux s'est donné libre carrière.

Ce n'est point seulement dans les civilisations modernes que l'on s'est apitoyé sur la condition des enfants du premier lit : depuis des siècles nous la voyons attirer l'attention et captiver l'intérêt. Bien avant les Pères de l'Eglise, Platon, dans ses *Lois*, stigmatisait les remariages des mères de famille et se préoccupait du sort des enfants.

Sont-ils donc toujours et forcément si misérables ?

Il faut bien avouer qu'ils ont, du moins, beaucoup de chances de l'être. En épousant un veuf ou une veuve qui a des enfants du premier lit, le nouvel époux fait, quel-

1. « Vous sçavez tous que rare est l'affection des peratres, itrices, noverces et meratres envers les privings et enfans des défuncts premiers peres et meres ». Rabelais. *Pantagruel*, chap. XLIV.

quefois, un mariage d'inclination, souvent un mariage d'intérêt. Dans le premier cas, les enfants, souvenirs vivants de la première union, lui seront importuns, sinon odieux (1); dans le second, ils lui seront plus insupportables encore car il verra en eux les destinataires naturels de la fortune, objet de ses convoitises. Pour refréner ces sentiments, il lui faudrait une certaine force d'âme, et, en fait, il ne l'essaiera guère. De leur côté les enfants du premier mariage, s'ils ont atteint l'âge de raison, auront bien de la peine à s'éprendre d'affection pour le remplaçant d'un père ou d'une mère aimée; le plus souvent, ils resteront sur la défensive ou s'enfermeront dans une réserve parfois hostile. D'où conflit inévitable (2). Combien difficile alors l'attitude du remarié invoqué à la fois par sa femme contre son fils et par son fils contre sa femme !

Comment mettre d'accord l'amour et la nature
Etre mari et père en cette conjoncture (3).

1. « Ce qu'une marâtre aime le moins dans tout ce qui est au monde, dit La Bruyère, ce sont les enfants de son mari ; plus elle est folle de son mari, plus elle est marâtre ». *De la société et de la conversation*.

2. « La loi qui permet de contracter plusieurs mariages n'est pas contre la nature physique, puisqu'elle n'empêche pas la reproduction des êtres et que plusieurs enfants peuvent naître d'un seul père et de plusieurs mères, et *vice-versa* ; mais cette loi est imparfaite sous les rapports moraux, parce qu'elle rompt l'unité morale ou l'union des cœurs en mettant plusieurs sociétés dans une famille et plusieurs intérêts dans une maison. » De Bonald. *Essai analytique sur les lois naturelles de l'ordre social*.

3. Nicomède, acte IV, sc. 3.

L'un d'eux doit être sacrifié : trop souvent ce sera le plus faible, l'enfant... qu'il faut bien se faire pardonner

Son amour conjugal chassant le paternel

La fera l'innocente et lui le criminel (1).

et quelquefois à tort.

De là l'origine de dissensions sans fin, de pénibles révoltes, de plaintes acrimonieuses ; si la marâtre est habile et experte à exploiter la situation, si le parâtre sait user à propos de son autorité et de son influence, c'en est fait des enfants. Le père ou la mère adroitement circonvenu ne tardera pas à se détacher d'eux et n'hésitera point à les dépouiller au bénéfice du nouvel époux.

Ce déplorable état de choses ne fait naturellement qu'empirer s'il naît des enfants de la nouvelle union. Aux motifs d'aversion que nourrissait déjà le second époux contre ceux du premier mariage, vient s'ajouter un des mobiles humains les plus puissants, la jalousie : les enfants du premier lit sont pour les siens des compétiteurs à l'affection de son conjoint, des rivaux et aussi des co-héritiers ! A tout prix il faut les évincer, les exclure, et l'on ne se montre pas trop scrupuleux dans le choix des moyens.

En présence d'un tel péril unanimement reconnu et mille fois signalé, n'est-il pas du devoir du législateur d'intervenir, et dans quelle mesure ? C'est, à coup sûr, un des problèmes les plus délicats qui se soient jamais offerts à sa clairvoyance et à son impartialité. Il y aurait

1. Nicomède, acte III, sc. 7.

un moyen fort simple de mettre les enfants à l'abri de tout danger : ce moyen consisterait sinon à interdire, du moins à entraver les secondes nocés de telle façon qu'on les rendît à peu près impossibles. Mais, outre qu'il importe à l'intérêt social et, par certains côtés, à la morale publique, de ne point mettre obstacle à toutes unions légitimes, les seconds mariages ne présentent pas toujours pour les enfants du premier lit les graves inconvénients que nous avons signalés. Il arrive souvent que des orphelins trouvent dans la seconde femme de leur père une seconde mère aimante et dévouée, dans le nouveau mari de leur mère un guide sûr et un protecteur désintéressé.

Il convient donc de ménager tous ces intérêts respectables : d'une part, ne point frapper systématiquement les seconds mariages qui sont parfois un bienfait pour les enfants du premier lit eux-mêmes ; d'autre part, entourer cependant ces derniers d'une protection suffisante, de précautions assez efficaces pour parer à toute éventualité fâcheuse dans le cas trop fréquent où la nouvelle union est de nature à leur porter préjudice.

Comment les législations successives ont-elles compris et résolu ce difficile problème ; à quelles influences ont-elles obéi ; quel est le caractère, quelles furent les conséquences des règles par elles édictées ? Voilà ce que nous nous proposons d'examiner ici.

Cette étude historique se divisera en quatre parties : nous verrons successivement comment les lois romaines, l'ancien droit français, notre droit intermédiaire, enfin la législation actuelle ont entendu la protection des enfants de premier lit en cas de second convol de leur auteur.

PREMIÈRE PARTIE

DROIT ROMAIN

CHAPITRE PREMIER

Des origines à Constantin.

Jusqu'à l'avènement du christianisme, le groupe familial romain ne rappelle en rien notre famille moderne fondée sur le mariage : c'est une création toute artificielle, une sorte de petit état régi par un chef absolu, le *pater*, qui règle toutes choses au mieux de ses intérêts, des intérêts communs et de l'intérêt supérieur de la cité. L'on conçoit aisément que dans un semblable régime, l'enfant ne compte guère ; le père vivant, il n'est pas question de ses droits ; peu de choses lui appartiennent, rien même si nous nous plaçons aux premières époques. Dans la conception antique, « les droits de famille, ce sont simplement les droits du père de famille » (1). De sa mère aussi effacée que lui dans la *domus*, l'enfant n'a rien à craindre, rien à attendre non plus. Quand la mort, le divorce ou la répudiation l'a fait disparaître après qu'elle a donné des descendants au maître, celui-ci peut la remplacer au foyer domestique sans que la loi se préoccupe le moins du

1. Bernhöft. *Staat und Recht der römischen Königszeit*, 1882, p. 175.

monde du sort de ces descendants; le *paterfamilias* est seul arbitre de la destinée des *alieni juris*. Sous la Royauté comme sous la République et l'Empire païen, le législateur s'est désintéressé de la façon la plus complète des enfants de premier lit.

SECTION I

ROYAUTÉ ET RÉPUBLIQUE.

La loi des XII Tables est muette sur les secondes noccs, mais ce que nous savons des règles religieuses et des coutumes de Rome à ses origines nous permet d'affirmer qu'elles étaient vues de l'œil le moins favorable et réprouvées par les mœurs (1).

La raison de cette réprobation est tout entière dans la façon complète et fort élevée dont les premiers Romains envisageaient et appliquaient le principe de monogamie. Pour les mêmes raisons, le divorce resta à l'état de droit abstrait durant les cinq premiers siècles de la Ville (2) : l'union conjugale, alors, répondait bien complètement à la belle définition de Modestin (3). Protégé par cette sévérité des mœurs qui faisait d'un remariage une excep-

1. C'était une gloire pour une veuve de ne se point remarier et de mériter ainsi les épithètes éminemment élogieuses de *univiria*, *unicuba*, *unijuga*, *uninupta*. V. Orelli : *Inscript. lat. collectio*. Propertius, *Eleg.* IV, 12. Les hommes mêmes s'honoraient de la qualification de *virginus*. Les *flamines* et le *pontifex maximus* qui se remariaient étaient déchus du sacerdoce. V. Tertullien *De monogam*, 17.

2. Valère-Maxime. (*De dictis factisque memor.* II cap.1, § 4). Denys d'Halicarnasse (II, 25). Aulu-Gelle (IV-3, § 2 et XVII, § 44).

3. *Consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio*.

tion, l'enfant de veuf ou de divorcé pouvait se passer de la sauvegarde des lois. Dans le cas très rare où son auteur venait à convoler en secondes noces, il n'était pas, cependant, dénué de tout secours contre les mauvais procédés possibles du nouveau conjoint : la coutume avait créé dans chaque *gens* une sorte de tribunal de famille (1) (*necessarii, cognati, propinqui, amici*) dont le rôle paraît avoir consisté surtout dans la protection des faibles et, en particulier des orphelins. L'affection profonde que portait le père de famille aux descendants destinés à perpétuer l'éclat de sa race et le culte domestique (2) constituait encore pour eux la plus sûre des garanties, et le *concubinatus* n'était souvent pour le veuf qu'un moyen d'éviter une marâtre au fils de sa première épouse.

Cependant, à mesure que Rome étendait ses conquêtes et s'enrichissait des dépouilles des nations soumises, l'austérité primitive allait s'amoindrir ; le divorce entraînait dans les habitudes et les seconds mariages se faisaient de plus en plus fréquents : Cicéron s'est marié trois fois, César quatre, Sylla et Pompée, cinq. Ce même Cicéron signale fort sérieusement comme très importante la question de savoir si le seul fait de contracter un second mariage suffit pour rompre le premier ! (3). Il semblerait que la situation faite par un tel état de choses aux enfants nés de ces unions successives eût dû attirer l'attention du législateur : il n'en est rien. L'intervention du censeur (4)

1. Iehring. *Esprit du droit romain*, (trad. Meulenaere) II, p. 209.

2. Fustel de Coulanges. *La Cité antique*, *passim*.

3. Cic. *De Oratore*, I, 40 et 56.

4. V. Cuq. *Institutions juridiques des Romains*.

pouvait bien mettre un terme aux excès par trop criants, mais aucune loi, aucun sénatus-consulte n'était venu régler les rapports des enfants du premier lit avec leurs beaux-parents. Au milieu de la licence croissante des mœurs, ils restaient privés de toute protection légale.

SECTION II.

EMPIRE PAÏEN (1).

Au commencement du règne d'Auguste, le mariage n'était plus que l'union passagère de deux caprices toujours à la merci d'un caprice nouveau : il était anormal de le voir dissoudre par la mort de l'un des conjoints ; « Rara sunt tam diuturna matrimonia finita morte, non divortio interrupta : nam contigit nobis ut ad annum XXXXI perduceretur » dit Lucretius Vespillo dans l'éloge funèbre de sa femme Turia (2). L'on en vint même à trouver trop pesant ce lien conjugal pourtant si fragile et les *justæ nuptiæ* furent délaissées. L'incroyable cor-

1. Consulter : Duruy. *Histoire des Romains*. — Ortolan. *Explication historique des Institutes*, 12^e édit. Paris, 1883, t. I.

Gide. *Condition privée de la femme*, 2^e édit. Paris, 1885. — Accarias. *Précis de Droit Romain*, Paris, 1886, t. I. — Girard. *Manuel de droit romain*. — Ch. Lefebvre. *Le mariage et le droit des gens mariés* (Cours professé pendant l'année 1897-1898).

Voir au Digeste. Liv. XXIV, tit. 2 (*De divortii et repudiis*), (*De soluto matrimonio*). Pétrone. *Satiricon*. Horace. *Carmina et Saturæ*. Juvénal. *Saturæ*. Martial. *Epigrammes*. Tacite. *Annales*. Suétone. *Vies des 12 Césars*, passim.

2. Q. Lucretius Vespillo. *Laudatio Turicæ*, an 746 ou 752, ab U. C.

ruption des Romains du I^{er} siècle devint un danger social menaçant de dépeupler la Ville de ses citoyens que remplaçait l'invasion dangereuse des aventuriers pérégrins. Horace lui-même jette le cri d'alarme ; il se fait l'interprète des vœux de la population sensée et adjure l'empereur de sauver l'Etat :

« Si quæret pater urbium »
« Suscribi statuis, indomitam audeat »
« Refrenare licentiam.... » (1).

Auguste crut avoir trouvé le remède en promulguant les célèbres lois caducaires et en faisant du mariage une fonction sociale quasi obligatoire.

Les lois *Julia et Papia Poppæa*, par la crainte de déchéances pécuniaires et l'appât du « dulce caducum » poussaient aux seconds comme aux premiers mariages : l'*orbus* et le *pater solitarius* sont frappés comme le *cælebs*, quoique dans une moindre mesure (2). A tout prix, il fallait des unions nombreuses et fécondes ; il eût été illogique de porter atteinte aux intérêts des parents qui voulaient convoler à de secondes noces, fût-ce pour protéger les enfants nés d'un premier mariage ; aussi ces derniers sont-ils absolument sacrifiés.

Les dispositions originales des *leges decimariæ* relatées par Ulpien (3) sont caractéristiques : la quotité disponible entre époux s'accroîtra en raison directe du nombre des enfants que ces époux auront eus d'une première union.

1. Horat. *Carm.*, lib. III, 24, v. 27.

2. Gaius, II, §§ 141 et 286.

3. Ulp. *Regulæ* XV et XVI.

Lorsque deux conjoints n'ont pas d'enfants communs, on distingue s'il y a ou non des enfants d'un précédent mariage. Dans ce dernier cas, les époux ne peuvent se donner réciproquement qu'un dixième de leurs biens en propriété et un tiers en usufruit. Si, au contraire l'un des époux a des enfants d'un premier lit, il peut, outre ce qui vient d'être dit, recevoir autant de dixièmes qu'il a d'enfants.

L'on pourrait croire ces dispositions dictées par un désir de favoriser les enfants issus d'une première union, de protéger indirectement leurs intérêts pécuniaires. En permettant au veuf ou à la veuve remarié de recueillir dans les biens de son second conjoint une part d'autant plus forte que son premier mariage a été plus fécond, peut-être le législateur a-t-il pensé et espéré que cette part ferait retour par le décès de son bénéficiaire aux enfants du premier lit ? Il est permis d'en douter : nous avons plus de raisons de croire que, laissant de côté l'intérêt éventuel des enfants, la loi veut simplement récompenser les époux de la fécondité de leurs unions antérieures. Multiplier les *justæ nuptiæ* et assurer ainsi le plus de citoyens possible à l'Etat, voilà ce que s'est proposé Auguste ; il ne semble pas s'être soucié le moins du monde de protéger les enfants issus de ces unions successives.

Le système des lois caducaires fut loin de répondre au but poursuivi ; sans doute, les mariages se multiplièrent, les secondes noces débarrassées de toutes les entraves qui pouvaient y mettre obstacle (1) devinrent de plus en plus

1. La loi *Julia Miscella* déclara non écrite la condition de ne se

fréquentes. Mais ces unions contractées à la hâte pour se mettre à l'abri des déchéances qui menaçaient tout célibataire ou veuf de 20 à 60 ans, ces unions sans cesse rompues et renouvelées n'eurent de commun que le nom avec les *justæ nuptiæ* de la Rome primitive :

« ... Quid leges, sine moribus ».

Vanæ proficiunt ? » (1).

La licence des mœurs, la corruption sans cesse grandissante qui fournissaient un thème trop facile à la verve des satiriques, ne furent l'objet d'aucune tentative de répression sous les successeurs d'Auguste. Le divorce et le *repudium*, toujours à la discrétion des époux et du *pater familias* permettent de se marier huit fois en cinq ans (2) ; on vit, au dire de Saint-Jérôme une femme épouser vingt-deux maris.

point remarier apposée à une libéralité entre époux : celui qui avait reçu une libéralité de son conjoint à cette condition put désormais convoler à de secondes noces sans en perdre le bénéfice, mais il doit déclarer que le second mariage n'est contracté que « *liberorum quærendorum causa* ». Justinien, qui nous renseigne sur cette loi, en attribue la paternité à un certain Julius Miscellus dont l'existence est plus que douteuse ; nous croyons devoir nous rallier à l'opinion des auteurs qui considèrent cette disposition comme étant un titre ajouté au III^e siècle à la loi *Papia Poppæa*. *Miscella* vient de *miscellum*, synonyme de *mixtum, compositum* ; on aurait ainsi appelé notre loi, soit parce qu'elle traite de matières variées, soit parce qu'elle vise à la fois (*miscuit*) les hommes et les femmes. Cette dernière étymologie est celle proposée par Cujas.

1. Horace. *Carm.* lib. III, 24. v. 35.

2. Juvénal. *Sat.* VI.

« Quæ nubit toties non nubit : adultera lege est » (1).

Que deviendront les enfants du troisième, du dixième, du vingtième mari, remarié sans doute lui-même ? Parmi les marâtres qui se succèdent au foyer paternel, n'en trouveront-ils point dont ils aient à craindre les mauvais procédés ou la pernicieuse influence ? Le plus souvent, et les meilleurs esprits le reconnaissent.

« Nulli non magno constitit et bona noverca (2) » dit Sénèque, et plus tard, Gaïus déplore le fâcheux empire que prennent sur les veufs remariés leurs secondes femmes dont le but est le plus souvent de s'enrichir au préjudice des enfants du premier lit. Les pères qui déshéritent leurs enfants « plerumque faciunt maligne circâ sanguinem suum inferentes judicium, novercalibus delinimentis instigationibusve corrupti (3) ».

Au temps de Gaïus, en effet, le droit commence à « s'humaniser » suivant l'expression des jurisconsultes de l'époque des Sévères : si l'on n'a pas fait encore la part qui leur revient aux enfants et aux faibles dans la législation, des progrès réels se sont accomplis. Les sénatusconsultes Tertullien et Orphitien marquent un grand pas dans cette voie. Une constitution d'Alexandre Sévère datée de 223 aborde même franchement la question de protection des enfants de premier lit : l'empereur retire la garde et l'éducation de ses enfants à la femme qui se remarie (4).

1. Martial. *Epigr.* VII, Saint Jérôme dit en termes identiques : « *honestum adulterium* ».

2. Sénèque, *Conv. ad. Helvet.* cap. II.

3. Loi 4 Dig. Liv. V, tit. 2.

4. Loi 1. Code Liv. V, tit. 49 : « *Educatio pupillorum tuorum nulli*

Mais c'est là une disposition isolée et, malgré l'augmentation du nombre des convols, la multiplicité des divorces et le relâchement des mœurs toujours croissant, les intérêts de l'enfant de premier lit ne nous apparaissent pas plus sauvegardés sous les empereurs païens que sous la République.

magis quam matri eorum *si non vitricum eis induxerit* committenda est ».

CHAPITRE II

Législation des Empereurs chrétiens (1).

Influence du christianisme.

« Quand parut le christianisme, dit Troplong (2), le droit romain cherchait à se préciser dans la philosophie ». Arrivé sous les Sévères à l'état de science fortement systématisée, il présenta aux principes de la morale nouvelle la résistance redoutable de sa construction savante assise sur une longue tradition. Avant de parvenir à le pénétrer, puis à le dominer, avant de pouvoir, suivant l'expression de Montesquieu (3), « donner pleinement son caractère à la jurisprudence », le christianisme dut s'assurer la direction des mœurs. L'effort de l'Eglise

1. Consulter : Ortolan, *op. cit.*, t. I. — Troplong. *Influence du christianisme sur le droit privé des Romains*. — Boissonade. *Histoire des droits de l'époux survivant* (Paris, 1874), p. 108 et suiv. — Albert de Broglie. *L'Eglise et l'Empire romain au IV^e siècle*. Paris 1856. — Ch. Lefebvre, *op. cit.* *Le mariage et le Droit des gens mariés dans l'histoire du droit français* (leçons du 30 novembre et du 4 décembre 1897).

2. *Influence du christianisme sur le droit privé des Romains*, p. 2. — V. aussi A. de Broglie. *Revue des Deux-mondes* du 1^{er} novembre 1852.

3. Montesquieu. *Esprit des lois* ; Liv. XXIII, chap. 21.

naissante porta d'abord sur la réforme de la société romaine et sur la réorganisation de la famille.

Dès l'origine, nous voyons les Apôtres et les Pères (1) prendre en main la cause des enfants et spécialement celle des enfants de premier lit. C'est que l'Eglise avait une double raison de couvrir ces derniers de son égide : elle poursuivait ainsi son rôle social de protectrice des faibles ; elle voyait les seconds mariages de l'œil le moins favorable. Indépendamment de sa préoccupation réelle et constante de l'intérêt des enfants de premier lit, elle voyait dans les secondes noces, sinon un péché, du moins une faiblesse coupable incompatible avec l'idéal de perfection ascétique qu'elle proposait à ses disciples (2). Le fougueux Origène, dans une de ses Homélies, va même jusqu'à soutenir que celui qui se remarie se ferme par ce fait même, les portes du royaume de Dieu (3). L'était là, on le voit, une réaction violente contre les dispositions législatives de l'empire païen, contre le système des lois caducaires.

Si les considérations d'ordre purement religieux tenaient une place importante dans l'aversion de l'Eglise pour les seconds mariages, ce n'étaient point, cependant les seules, ni peut-être même les principales. Les inconvénients moraux et les préjudices pécuniaires qui attei-

1. V. *la Patrologie latine* de Migne.

2. V. Saint-Paul *ad Corinth*, I, VII ; 37 et 40. Tertullien ; *de Monogamia* et *Exhortatio ad castitatem*. Saint-Jérôme *epist.* 10 *ad Furiam* et 2 *ad Ageruchiam*. Saint-Ambroise ; *de Viduis*. Saint-Grégoire de Naziance. Saint Basile, *ad Amphil.*, 50.

3. Orig., *Homél.*, 17.

gnent les enfants de veufs remariés ont frappé de tout temps l'attention des docteurs : « Natura hoc bestiis infudit, dit Saint-Ambroise, ut catulos proprios ament, ut fœtus suos diligant. Nesciunt illæ odia novercalia, nec mutato concubitu, parentes a sobole depravantur ; neque noverunt præferre filios posterioris copulae, superioris autem negligere. Nesciunt caritatis differentiam » (1).

Or, dès que le christianisme fut devenu religion officielle de l'Empire, les évêques et les princes de l'Eglise prirent sur les pouvoirs publics un ascendant considérable. Il est permis d'affirmer que la législation des empereurs sur les secondes noces est due à leur inspiration : c'est le christianisme qui amena et rendit prépondérant dans cette législation l'intérêt des enfants, « intérêt jusque là méconnu... intérêt immense, dominant dans notre législation moderne » (2).

SECTION I

DE CONSTANTIN A JUSTINIEN.

L'abrogation des lois caducaires (3) marque une première étape dans la voie nouvelle où vont s'engager les empereurs ; désormais les veufs non remariés ne subiront plus aucune déchéance et bientôt même ces déchéances se retourneront contre l'époux binube. C'est en prenant des mesures directes de protection, mais c'est aussi

1. Saint-Ambroise. *Hexaméron*, VI, 4. V. aussi *de Viduis* cap. XV, II, 88.

2. Troplong, *op. cit. Influence du Christ.*, p. 170.

3. An 320, loi 1, C. Th. VIII, 17.

en multipliant autour des seconds mariages les entravés et les incapacités que le législateur sauvegardera la situation des enfants de premier lit. En réalité ce qu'on a appelé les peines des secondes noces ne sont, le plus souvent, qu'un moyen d'atteindre à cette fin : la protection des enfants (1). Dès 349, une constitution vient retirer à la mère remariée le droit de révoquer pour cause d'ingratitude la donation par elle faite aux fils issus de son premier mariage (2). Sans doute les empereurs craignent que, circonvenue par son second mari, la mère ne soit tentée d'abuser de son droit de révocation. Ils semblent même excuser les enfants des mauvais procédés dont ils peuvent se servir envers leur mère. En se remariant, celle-ci leur a fait injure : ils se trouvent déliés à son égard de toute obligation ; ils ne sont plus tenus de la respecter et de l'aimer ; ils pourront impunément se rendre coupables envers elle des plus odieuses offenses.

Ces dispositions sont excessives comme toute réaction violente : ce n'est pas là, d'ailleurs l'esprit qui domine la législation des secondes noces ; nous la trouverons, au contraire, le plus généralement, dictée par un grand souci

1. Van Appeltère. *Les Seconds mariages*, 1819 « Communi nomine, quamvis minus accurate vocantur pœnæ secundarum nuptiarum : proprie enim non sunt pœnæ secundarum nuptiarum sed tantum beneficia liberis prioris matrimonii concessa, unde si tales liberi non adsint, omnes illæ pœnæ cessant. »

2. L. 7 au Code Liv. VIII. tit. 56 imp. Constantius et Constans : « His solis matribus, quæ non in secundi matrimonii fœdus nupserint, sed unius tantum matrimonii sunt revocandarum donationum quas in filios fecerint ita decernimus facultatem si eos ingratos circa se ostenderint : »

de l'équité et un vif désir de tenir la balance égale entre tous les intérêts respectables.

Nous étudierons d'abord les mesures relatives à la garde, l'éducation et la tutelle des enfants de premier lit, puis la protection de leurs intérêts pécuniaires.

I

La mort de la mère n'apporte aucun changement à la situation juridique de l'enfant : il reste, tant que son père vit ou qu'il n'est pas émancipé, sous la *patria potestas*.

Si le mariage est dissous par le divorce, le juge a le pouvoir de décider lequel du père ou de la mère sera investi dudroit de garde et d'éducation, et c'est de l'intérêt des enfants que devra s'inspirer sa décision (1). Rien n'est changé par les empereurs chrétiens à cette disposition parfaitement raisonnable.

Au cas où le père vient à mourir, l'enfant est remis à la mère, mais si elle convole en secondes noces, nous avons vu qu'il lui est retiré (2). Constantin et ses successeurs n'eurent pas à modifier cette constitution d'Alexandre Sévère.

C'est sur la tutelle des enfants de premier lit que portent leurs innovations.

Dans l'ancien droit romain, les femmes qui étaient elles-mêmes en tutelle perpétuelle ne pouvaient songer à être tutrices, à exercer une fonction réservée aux seuls ci-

1. Loi 1, au Code. Liv. V, titre, 24 imp. Diocl. et Max. an. 294 : « Competens.. judex aestimabit utrum apud patrem an apud matrem matrimonio separati filii morari ac nutriri debeant ».

2. Loi 1 au Code *Ubi pupillus educari debeat*.

toyens : « Tutelam administrare virile munus est et ultra sexum femineæ infirmitatis tale officium est » (1).

Cependant, elles pouvaient, en s'adressant au prince, obtenir la tutelle de leurs enfants (2).

En 390, une constitution des empereurs Valentinien, Arcadius et Théodose (3) vint poser une série de règles nouvelles : en principe la femme put être tutrice de ses enfants mais à plusieurs conditions ; le législateur exige :

1° Qu'il n'y ait pas d'autres tuteurs légitime ou testamentaire : « defuncti namque voluntatem præponi volumus ».

2° Que la veuve demande la tutelle.

3° Qu'elle soit majeure de 25 ans.

4° Qu'elle renonce au bénéfice du sénatus-consulte Velleien.

5° Qu'elle prête le serment de ne pas se remarier.

Si, au mépris de son serment, la mère tutrice contracte un second mariage, le législateur considère qu'elle s'est rendue indigne et la déclare par le fait même déchue de la tutelle : nous verrons, au cours de cette étude, une série de déchéances frapper la mère remariée et nombre de précautions prises pour sauvegarder les droits actuels ou éventuels des enfants ; mais au III^e siècle, la législation des secondes noces est encore à son début : les empereurs se

1. Loi 1. au Code, Liv. V ; tit. 35. V. aussi loi 16 pr. Dig. *De tutelis* et loi 18. Dig. liv. VI, tit. 1.

2. Loi 18. Dig. liv. XXVI, tit. I : « Feminae tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est, nisi a principe filiorum tutelam specialiter postulent ».

3. Loi 2 au Code ; Liv. V. tit. 35.

contentent d'affecter les biens du second mari à la garantie de la restitution des biens des pupilles : « ...bona ejus qui tutelam gerentis affectaverit nuptias, in obligationem venire, et teneri obnoxia rationibus parvulorum praecepimus ne quid incuria, ne quid fraude depererent » (1).

Le législateur ne pouvait songer à prendre des mesures analogues contre le père qui se remariait : néanmoins celui-ci lui est également suspect et, dès 334, Constantin avait songé à mettre à l'abri le pécule adventice, les *bona materna* de l'enfant de premier lit : le *pater binubus* perdait par son second convol l'usufruit des biens que son fils avait recueillis dans la succession maternelle (2). Si ces biens étaient importants, et l'usufruit considérable, la crainte de se voir dépouillé pouvait arrêter le veuf dans ses velléités matrimoniales.

La destination des libéralités faites par l'un des conjoints à l'autre attira de bonne heure l'attention des empereurs pour le cas où, le mariage étant dissous, l'épouse bénéficiaire viendrait à contracter de nouveaux liens. Il leur sembla inique que des biens provenant du patrimoine de leur auteur décédé pussent échapper aux enfants de la première union pour aller enrichir un étranger, et, deux constitutions célèbres mirent fin à cet état de choses. Ce fut l'objet de la loi « *Feminæ* » (3) promulguée en 382 et

1. Loi 2 au Code, Liv. V ; tit. 35 § 2.

2. Loi 3 au C. théod. *De bonis maternis*, Liv. VIII, tit. 18, cf. loi 1 au Code, Liv. VI tit. 60.

3. Loi 3 au Code, liv. V, tit. 9 imp. Grat. Valent. et Théod.

complétée, cinquante-sept ans plus tard par la loi « *Generaliter* » (1).

II

Lois Feminæ et Generaliter (2). *Constitutions impériales intervenues de 382 à 472.*

Aux termes de la loi *Feminæ*, la mère qui se remarie perd la propriété de tous les biens qu'elle tient de la libéralité de son premier conjoint : elle en devient simple usufruitière (3) et doit les conserver pour en faire remise intégrale à ses enfants du premier lit :

« *Feminæ quæ, susceptis ex priore matrimonio filiis, ad secundas... transierint nuptias, quicquid ex facultatibus priorum maritorum sponsalium jure, quicquid etiam nuptiarum solemnitate perceperint, aut quicquid mortis causa donationibus factis, aut testamento jure directo, aut fideicommissi vel legati titulo, vel cujuslibet munificæ liberalitatis præmio ex bonis priorum maritorum fuerint adsecutæ : id totum, ita ut perceperint, integrum ad filios quos ex præcedente conjugio habuerint, transmittant* »...

Elle aura cependant le droit de faire bénéficier de cette réserve, à l'exclusion de ses autres enfants : « *quemlibet ex filiis (dummodo ex his tantum sit quos tali successione dignissimos judicamus) in quem contemplatione*

1. Loi 5 au Code, liv. V. tit. 9 inpp. Valent. et Théod. II.

2. La constitution *Feminæ* figure au Code théodosien dont les dispositions furent communes aux deux empires d'Orient et d'Occident. Les Barbares la trouvèrent donc en vigueur chez les Gallo-Romains dès les premières invasions.

3. « *Habeant potestatem possidendi tantum ac fruendi in diem vitæ* ».

meritorum liberalitatis suæ judicium mater crediderit dirigendum. »

Mais là s'arrête son droit de disposition ; jamais, sous aucun prétexte, une part quelconque des biens ci-dessus énumérés ne pourra être détournée au profit d'une tierce personne : « nam si quid ex iisdem rebus in alium quemlibet fuerit ab ea translatum, ex maternis redintegrabitur facultatibus (1) quo illibata ad eos quos statuimus liberos, bona et incorrupta perveniant. »

Ce n'est pas tout : la veuve remariée obligée de conserver pour ses enfants de premier lit tout ce qu'elle a pu recevoir de son premier conjoint, est encore frappée dans l'intérêt de ces mêmes enfants d'une incapacité nouvelle. La loi prévoit l'hypothèse suivante : une mère déshonorée, souillée (2) par un second convol a succédé à l'un de ses enfants, soit *ab intestat*, soit en vertu d'un testament : tout ce qu'elle aura recueilli dans la succession devra aller aux frères et sœurs du décédé ; c'est à ces derniers que reviendra la nue-propriété ; notre constitution ne laisse à la mère que la jouissance de sa part (3).

Ces dispositions sont bien rigoureuses et respirent toute

1. Si donc la mère dispose au profit de tiers des biens mis en réserve, ces aliénations resteront valables ; la loi permet seulement aux enfants de prendre sur les biens propres de leur mère l'équivalent de la quotité détournée de la réserve.

2. *Secundis nuptiis funestata.*

3. « In diem vitæ suæ pro sibi debita portione sola tantum possessione delata, omne his, qui supererunt, ex priore susceptis matrimonio filiis, relinquat ».

l'aversion que nourrissent les empereurs chrétiens contre les seconds mariages ; l'une d'elles peut sembler bizarre : c'est celle qui permet à la mère de modifier suivant son bon plaisir les droits auxquels son convol vient de donner ouverture, en favorisant tel ou tel de ses enfants, à son choix. Il est étrange que cette même femme dont la loi vient de prononcer la déchéance, puisse elle-même en régler les effets.

Quoi qu'il en soit, la constitution *Feminae* marque un désir sincère d'assurer la protection des enfants de premier lit : elle n'est point irréprochable ; elle est même fort incomplète, puisque, ne s'occupant que de la mère, elle laisse toute liberté au père de leur porter préjudice en se remariant. Mais la sollicitude du législateur désormais éveillée ne tardera pas à corriger ses défauts et à combler ses lacunes.

Longtemps, les empereurs s'acharnent un peu exclusivement contre la mère remariée ; c'est là, seulement, qu'ils semblent trouver un danger pour les intérêts de l'enfant : aussi les voit-on multiplier contre elle les incapacités et les garanties.

Une constitution de l'an 392 vient décider que la femme qui se remarie après avoir reçu l'usufruit des biens de son premier époux (1) perd cet usufruit et doit le restituer aux enfants dès le jour de ses secondes noces. Si les enfants sont encore *infantes*, et que, dans le but de continuer à percevoir indûment les fruits, la mère remariée ne leur ait pas fait nommer de tuteur, elle doit la

1. Loi 1 au Code. Liv. V tit. 10 imp. Valent. Théod. et Arcad.

restitution intégrale de tout ce qu'elle aura ainsi usurpé « *cum fructibus competentibus* » (1).

Ainsi donc les enfants du premier lit recueilleront seuls les biens provenant de leur auteur prédécédé : mais ils n'auront rien à prétendre sur la donation *propter nuptias* ou sur la dot constituée à leur mère par un second conjoint (2) : « *sponsalitiā largitatē quam vir secundus contulit in uxorem, tantummodo filii, qui ex secundo matrimonio suscepti sunt, pro soliditate possideant; nec prosit liberis ex priore susceptis matrimonio....* » Dans le cas où il n'y aurait pas d'enfant du second lit, les gains nuptiaux demeureront la propriété de la femme. Il est évident que celle-ci pourra alors en disposer à son gré et faire profiter les enfants issus de sa première union de la *sponsalitia largitas* qu'elle tient de son second mari.

Le but des auteurs de la constitution a été avant tout d'assurer aux enfants nés de mariages successifs la propriété exclusive de la dot de la donation *ante nuptias* tirées du patrimoine de leur père décédé : « *Nos enim hac lege id præcipue custodiendum esse decernimus ut ex quocumque conjugio suscepti filii, patrum suorum sponsalitiā retineant facultates* ».

Nous avons déjà vu la loi *Feminae* ébaucher un système de restriction du droit de la mère remariée à la succe-

1. Il ne s'agit ici que « de usufructu quem vir extremam constituens voluntatem de rebus propriis uxori reliquerit » ; pour l'usufruit des autres libéralités, les dispositions de la loi *Feminae* s'appliquent.

2. Loi 4 au Code Liv., tit. 9, impp. Honor. et Théod. an. 422.

sion de ses enfants de premier lit morts sans postérité (1) ; mais elle n'avait prévu que le cas où le décès de l'enfant est postérieur au convol. Que décider dans l'hypothèse inverse où l'enfant meurt avant le remariage de sa mère ? Une constitution de Théodose et Valentinien (2) vint résoudre la question. Voici ce que décident les empereurs toujours guidés par la préoccupation d'attribuer le plus possible aux enfants les biens provenant du patrimoine paternel : quand un enfant vient à mourir sans postérité, laissant à sa mère son hérité, il faut distinguer l'origine des biens composant cette hérité. La mère en se remariant, perd la propriété de tous ceux qui sont venus à l'enfant du conjoint prédécédé : « *rerum... paternarum defuncti solo usufructu humanitatis contemplatione potiaur, proprietatem sorori et fratribus transmissura defuncti* ». Mais elle conserve les biens provenant d'une autre source « *extrinsecus* ».

Les biens sortis du patrimoine paternel que la veuve recueille dans la succession de son fils sont donc assimilés à ceux qu'elle reçoit directement de son premier mari : de ceux-ci comme de ceux-là elle devient simple usufruitière par l'effet de son second convol.

Si les enfants sont encore impubères, la mère, avant de se remarier, doit leur faire nommer un nouveau tuteur, rendre elle-même ses comptes de tutelle et se libérer envers eux de tout ce dont elle peut leur être redevable. A-t-elle manqué à ces obligations, elle est rigoureusement

1. V. *suprà*, p. 27.

2. Loi 5, au Code, Liv. VI, tit. 53 imp. Théod. et Valent. an. 436.

frappée. Aux termes de deux constitutions en date de 439 (1), elle se trouvera, dans ce cas, déchue de tout droit sur la succession de ses enfants de premier lit morts avant d'avoir atteint leur puberté, alors même que son premier mari l'aurait appelée à ladite succession « jure substitutionis ». Les pupilles auront en outre une hypothèque légale sur les biens de leur mère et sur ceux de leur père : ce dernier sera responsable de la gestion tutélaire même antérieure à son mariage (2).

Une lacune existait, évidente et fort regrettable, dans ce système protecteur des enfants de premier lit. Nous venons de voir le législateur accumuler durant un demi-siècle les incapacités et les déchéances contre la mère remariée et fermer les yeux sur le cas, au moins aussi fréquent, où c'est le père qui passe à de secondes noces.

A part la privation d'usufruit dont parle la constitution de 334, nulle mesure n'atteignait le père remarié.

C'est seulement en 439 que la constitution de Théodose et Valentinien II connue sous le nom de loi « *Generaliter* » (3) mit fin à cet état de choses en soumettant l'homme et la femme aux mêmes déchéances :

« *Generaliter censemus, — disent les empereurs — quocumque casu constitutiones ante hanc legem mulierem liberis communibus, morte mariti matrimonio dissoluto, quæ de bonis mariti adeam devoluta sunt, servare sanxe-*

1. Loi 6 au Code. Liv. VI, tit. 56 et loi 6 *ibid.* Liv. VIII, tit. 14, inpp. Théod. et Valent. II.

2. « *Mariti quoque ejus præteritæ tutelæ ratiociniis bona jure pignorioris tenebuntur obnoxia* ».

3. Loi 5 au Code. Liv. V, tit. 9.

runt : iisdem casibus maritum quoque, quæ de bonis mulieribus matrimonio dissoluto, communibus liberis servare ».

Les dispositions de la loi *Feminæ* et des constitutions qui la complètent ou s'y rattachent s'appliquent donc désormais au mari, *mutatis mutandis*. Celui-ci perd la nue-propriété de tous les biens qu'il tient de sa femme : c'est aux enfants que devront revenir ces biens ou à celui d'entre eux qu'il choisira pour les recueillir ; c'est à eux que passera la dot dans le cas où le mari est autorisé à la garder après la mort de sa femme. La loi s'explique formellement à ce sujet : elle s'applique alors même que la femme apporte en dot à son mari les biens compris dans la donation *antenuptias*. Peu importe encore qu'une tierce personne ait fait pour le mari la donation *ante nuptias* ou la dot pour la femme.

L'époux remarié se trouve donc vis-à-vis de ses enfants du premier lit dans la situation d'un usufruitier. Il a l'administration et la jouissance des biens qu'il a reçus à titre gratuit du prédécédé, mais il ne peut en disposer. A sa mort, les enfants viendront prélever dans son hérité tout ce qui provient de son premier conjoint, sans qu'ils aient besoin pour cela d'être héritiers de ce dernier : il suffit qu'ils le soient de leur auteur remarié : « Si hereditatem ejus parentis qui prior mortuus est non adierint liberi, licebit eis, tamquam ejus tantum res fuerint qui posterior moritur, eas sibimet vindicare, scilicet si vel ejus qui posterior moritur hereditatem crediderint adeundam, ne quod favore liberorum introductum est quibusdam casibus ad læsionem eorum videatur inventum » (1).

1. Loi 5, § 1 au Code, Liv. V, tit. 9.

A ses dispositions, la loi *Generaliter* donne une sanction énergique : si la réserve des enfants a été entamée par des aliénations indûment faites, ceux-ci, outre l'action de la constitution *Femineæ* (1) seront armés contre les tiers acquéreurs, de la revendication : « Defuncto eo qui res liberis servabat, exstantes ab omni possessore liberi vindicabunt ». Quant aux *res consumptæ*, ils pourront, au moyen d'une *condictio*, en réclamer la valeur « ab heredibus ejus qui eas servare debuerat ».

Ainsi, la constitution de Théodose et Valentinien rend à la fois plus efficaces et plus complètes les garanties accordées à l'enfant de premier lit, mais elle n'établit pas, comme on pourrait le croire, le veuf et la veuve remariés sur un pied parfait d'égalité. D'une part, en effet, le père reste toujours seul soumis à la constitution de 334 qui le prive, au cas de second convol, de l'usufruit des biens maternels échus à ses enfants par voie de succession ; d'autre part, il échappe aux restrictions que subissent les droits de la mère remariée quand elle se présente à la succession de son enfant. La première de ces différences disparut en 468 : l'empereur Léon (2) abrogea implicitement les déchéances édictées par Constantin contre le *pater binubus* : « Sancimus circa usumfructum maternarum rerum nullam esse differentiam, sive in priore matrimonio pater ex quo filios habuit, permanere volue-

1. Tendait à rentrer en possession du complément de leur réserve en prélevant son équivalent sur les biens personnels de l'auteur chargé de leur conserver « retindegatio ex facultatibus maternis (vel paternis depuis la loi *Generaliter*).

2. Loi 4 au Code Liv. VI, tit. 60.

rit, sive novercam filiis superduxerit... Patres igitur usumfructum maternarum rerum, etiamsi ad secundas migraverint nuptias, sine dubio habere debebunt : nec ullam filiis vel quibuslibet ex persona eorum contra patres improbam vocem accusationemque posse competere ». Le père remarié cesse donc dorénavant d'être traité plus rigoureusement que la mère et il garde sur elle cet avantage de conserver, en dépit d'un second mariage, ses droits intacts à la succession de ses enfants du premier lit mort sans postérité.

III

Constitution Hac Edictali. Restrictions apportées dans l'intérêt des enfants de premier lit au droit du conjoint remarié de disposer de ses propres biens en faveur de son nouvel époux.

En assurant aux enfants la propriété des gains nuptiaux qu'avait recueillis l'époux survivant, le législateur avait, sans doute, fait beaucoup dans leur intérêt ; il avait mis à l'abri, pour eux le patrimoine du prédécédé. Restait à empêcher qu'on ne les dépouillât d'un autre côté. Il était à craindre, en effet, que le conjoint remarié ne se laissât entraîner à faire de ses propres deniers des libéralités excessives à son nouvel époux et ne parvînt ainsi à frustrer les enfants de ses biens personnels. Déjà, il est vrai, une constitution de Théodose et Valentinien II (1) avait interdit à la veuve remariée *intrà annum luctus* de donner à son nouveau conjoint plus d'un tiers

1. Loi 1 au Code Liv. V ; tit. 9, an. 380.

de ses biens. Mais c'était là une disposition toute spéciale à laquelle échappaient et le veuf et la veuve remariée après l'expiration du délai légal; c'était plutôt une aggravation des peines portées contre la femme enfreignant les ordonnances sur le deuil, qu'une mesure de protection pour les enfants issus de sa première union.

Les empereurs Léon et Anthémios s'aperçurent de cette lacune et la comblèrent en 472 par la loi *Hac Edictali* (2) qui s'applique au père comme à la mère; aux aïeuls comme aux aïeules des deux lignes: « Le veuf ou la veuve qui, ayant des enfants d'un précédent mariage, contractera de nouveaux liens, ne pourra disposer à quelque titre que ce soit en faveur de son second ou subséquent conjoint, d'une part de ses biens plus considérable que celle qu'il attribuera à son fils ou à sa fille. S'il a plusieurs enfants à qui il fait les parts égales, il ne pourra jamais donner à son second époux plus d'une part d'enfant. Dans le cas où il ferait un partage inégal entre ces dits enfants, le parâtre ou la marâtre ne pourra recevoir qu'une part égale à celle de l'enfant le moins favorisé » (3).

Si cette portion était excédée, la réduction en était opérée au profit exclusif des enfants du premier lit et la dis-

2. Loi 6 au Code. Liv. V, tit. 9. — La loi *Hac Edictali* est donc postérieure de plus de 30 ans à la promulgation du code Théodosien (438); elle ne fut insérée que dans les compilations de Justinien et, par conséquent, ne fut guère connue en Occident avant la renaissance du XII^e siècle.

3. «... Cui minor portio data fuerit ».

position est censée non écrite pour tout ce qui dépasse la quotité disponible (1).

Toute fraude résultant d'une interposition de personne ou d'une manœuvre quelconque (2) est prévue et réprimée.

Une fâcheuse inadvertance dépare un peu les dispositions si sages et si complètes de la loi *Hac edictali*. Si nous supposons que l'auteur remarié a exhéredé un de ses enfants du premier lit, la part d'enfant le moins prenant qui sert de mesure à la libéralité qu'il peut faire à son second conjoint, se trouve réduite, de ce fait, à zéro. Faudra-t-il donc décider que le nouvel époux ne pourra, alors, rien recevoir ? Toute rigoureuse qu'elle soit, cette solution est cependant la seule admissible en présence des termes impératifs de la loi (3). Ainsi, le père ou la mère qui a convolé à de secondes noces se trouve en assez singulière posture : s'il veut disposer en faveur de sa femme ou de son mari d'une fraction quelconque de ses biens, il a les mains liées vis-à-vis de ses enfants qui pourront dépasser impunément les bornes de la plus odieuse ingratitude. Ceux-ci paraissent donc plus que complètement

1. «... Sin vero plus quam statutum est aliquid novercæ vel vitrici relictum, vel donatum aut datum fuerit, id quod plus relictum, vel donatum aut datum fuerit, tanquam non scriptum neque derelictum vel dotum aut donatum sit, ad personas deferri liberorum... jubemus ». «... ad suos filios ex priore matrimonio natos pervenire constituerunt leges ». (loi 9 princip. C. Liv. V. tit. 9).

2. « Vel alio modo » : le législateur prévoit par là le cas où l'époux remarié chercherait à éluder les mesures prises en déguisant sa libéralité sous la forme d'un contrat à titre onéreux.

3. Nous la verrons heureusement modifiée par Justinien (loi 10 C Liv. V, tit. 9).

protégés par la loi contre les libéralités excessives de leur auteur à son second conjoint, et c'est bien là le but principal de la constitution de Léon et Anthémius.

Ce n'est point le seul. Dans une sorte d'appendice, les empereurs viennent compléter les garanties données par les lois *Feminæ* et *Generaliter*, relativement aux libéralités reçues par la mère remariée de son premier conjoint. La loi *Hac Edictali* distingue suivant la nature des biens reçus du mari prédécédé. Consistent-ils en immeubles ou en esclaves, la femme peut en jouir librement sa vie durant. S'agit-il au contraire de meubles, la veuve n'en peut disposer qu'après une série de formalités destinées à mieux assurer aux enfants le retour, à son décès, de leur équivalence exacte. L'on procédera d'abord à l'estimation du mobilier par des experts assermentés et choisis par les deux parties. C'est seulement après cette estimation que les meubles seront remis à la mère laquelle devra fournir caution de les restituer en nature ou de verser leur valeur arbitrée aux enfants du premier lit. Ceux-ci se trouvent, de la sorte, garantis contre l'insolvabilité possible de leur auteur et n'ont rien à craindre d'une aliénation.

Il peut arriver que la mère refuse ou se trouve dans l'impossibilité de fournir caution. Dans ce cas, le mobilier reste entre les mains des enfants ou leur est rendu, s'il a déjà été livré, mais alors ce sont eux qui devront, à leur tour, donner caution pour garantir à leur mère la restitution des meubles au cas où cette dernière leur survivrait, à eux et à leurs héritiers et en second lieu, le paiement

qu'ils devront lui faire d'une rente calculée à 3 0/0 sur le capital qu'ils gardent.

Dans l'hypothèse où ni l'une ni l'autre des parties ne consent à fournir la caution demandée, c'est la mère qui est préférée ; c'est elle qui entre en possession.

Remarquons que le détenteur des meubles, quel qu'il soit, a sur eux un droit absolu de disposition (1) dont l'autre partie ne peut jamais souffrir, protégée qu'elle est, le plus généralement, par la *cautio*. Les enfants ont même encore, pour complément de garantie, une hypothèque sur les biens maternels.

Dans le système de la loi *Hac Edictali*, le père n'est pas assujéti à fournir caution : les empereurs ont cédé une fois de plus au courant des idées romaines sur la *levitas animi* la *fragilitas* et l'*imbecillitas sexus* ; mais on ne saurait trop leur en faire un reproche. L'homme en effet, est généralement plus apte que la femme, à gérer des capitaux, à administrer une fortune : partant, les enfants auront moins souvent à craindre l'insolvabilité de leur père remarié que de leur mère.

Quand un des enfants du premier lit meurt avant son auteur remarié, il transmet ses droits à ses propres descendants, à l'exclusion de ses frères et sœurs. Peu importe que le décès soit antérieur ou postérieur au convol de l'auteur (2) : dans l'un et l'autre cas, les enfants du *de*

1. « Erit itaque licitum utrilibet parti quæ fide jussionem præbuerit, si sibi commodum esse perspexerit, his rebus mobilibus uti frui, easdemque dare mutuo, vel obligare, vel vendere, ut ex his maxime liberi acquirentes possint materno affectui, sine incommodo, servire ».

2. Loi 7 au Code ; Liv. V, tit. 9 imp. Zeno. — an. 478.

cujus le représentent ; ils exerceront ses droits actuels et même ses droits éventuels au fur et à mesure de la naissance de ces derniers. Nous devons signaler ici l'application de la règle étrange que nous avons déjà constatée : l'enfant qui précède pourra désigner l'un quelconque de ses descendants et le mettre en son lieu et place à l'exclusion des autres (1). Hâtons-nous d'ajouter que, dans le cas qui nous occupe, ce droit d'élection ne présente pas tous les inconvénients qu'il offre lorsqu'il est conféré au conjoint remarié. Indépendamment de l'anomalie juridique que nous avons déjà essayé de mettre en relief (2), il est à craindre que le conjoint remarié ne subisse l'influence de son nouvel époux et ne se laisse guider par lui pour le choix de l'enfant à favoriser. Pareil danger n'existe point dans l'espèce visée par la constitution de Zénon.

Telle est, dans ses grandes lignes, la législation des empereurs, à la fin du ^v^e siècle, et telle elle persistera jusqu'à l'avènement de Justinien. Le progrès est immense sur l'époque païenne : « Au système d'Auguste, qui fut de multiplier les familles, un système tout nouveau et

1. « Eligendi videlicet quos voluerit ex liberis superstitibus non adempta licentia », dit la constitution de Zénon.

2. V. *Suprà*, p. 27. Il s'agit des biens que la femme était obligée de conserver intacts à ses enfants comme provenant, à un titre quelconque de son mari défunt. La loi *Femine* frappe la mère remariée d'une déchéance et lui permet aussitôt de régler elle-même les effets de cette déchéance en modifiant à son gré la distribution des biens dont la propriété lui est retirée. Elle peut en dépouiller ceux de ses enfants qu'elle juge bon d'exclure et favoriser celui de son choix du bénéfice créé pour tous par le législateur.

non moins moral est substitué : c'est de conserver la famille existante, de lui assurer son patrimoine, de la préserver des orages que font naître les querelles d'intérêt entre les différents lits... Ces lois sont un heureux mélange de garantie pour les mœurs, pour la famille, pour la multiplication de l'espèce. Elles distinguent avec sagesse les préceptes et le conseil, les devoirs sociaux et la perfection ascétique : c'est une conciliation prudente de la pensée de l'église et des besoins de la politique... » (1) Sans doute, il y a quelques taches au tableau enthousiaste ainsi tracé par l'éminent jurisconsulte. L'on peut relever dans le système juridique que nous venons d'exposer une partialité un peu vive contre la femme mariée, des lacunes, certaines inconséquences même. Mais il faut faire la part des temps et des mœurs.

Quoi qu'il en soit et prise dans son ensemble, la législation des empereurs chrétiens assure d'une façon fort sage et fort complète, la protection des enfants de premier lit. Notre ancien droit l'a reproduite dans l'édit célèbre du chancelier de l'Hôpital et c'est encore à cette source que notre Code civil a dû puiser plusieurs de ses dispositions.

SECTION II.

LÉGISLATION DE JUSTINIEN.

Justinien, dit M. Boissonade (2) « bouleversa » toutes les dispositions de ses prédécesseurs relatives à notre sujet.

1. Troplong, *op. cit. Infl. du christ.* 2^e partie, chap. 4.

2. *Op. cit.*, p. 109.

L'expression du savant professeur nous semble quelque peu exagérée. S'il est indiscutable que Justinien n'apporta point toujours dans ses réformes l'esprit de suite et la constance méthodique, beaucoup de ses innovations n'en constituent pas moins un progrès réel. Elles consistent, pour la plupart en des modifications de détail souvent heureuses, en éclaircissements et en quelques additions que suggère à l'empereur un louable désir d'équité. Le fond de la législation antérieure n'est pas touché.

§ 1. — *Mesures relatives à la garde, l'éducation et la tutelle des enfants de premier lit. — Condition de la mère tutrice en cas de second convol.*

La constitution d'Alexandre Sévère (1) confiant l'éducation des enfants de premier lit à leur mère demeurée veuve, n'avait jamais cessé d'être en vigueur. Justinien crut bon de la rappeler en la confirmant dans la Novelle XXII (2) : « ... Quoniam omnium mater fide dignior ad filiorum educationem videbatur, dat ei etiam hæc hæc lex, nisi ad secundas accesserit nuptias. » En retirant à la mère remariée l'éducation des pupilles, on évitera que le second conjoint ne prenne sur eux indirectement une influence qui pourrait être fâcheuse ou une autorité dont on craint qu'il n'abuse.

Pour ce qui regarde la tutelle, nous avons vu que la mère pouvait, aux termes d'une constitution de 390, l'obte-

1. Loi 1 au Code précit. *Ubi pupillus educari debeat.*

2. Cap. 38.

nir sous certaines conditions et seulement à défaut de tuteur légitime ou testamentaire. Elle devait, en outre, prêter serment de ne se point remarier (1).

Aux déchéances qui la frappaient en cas de parjure, l'empereur ajoute une peine ou plutôt une série de peines nouvelles : « Sancimus eas quæ sic pejerare de cetero præsumunt mulieres : super dudum præcedentes pœnas has sustinere omnes quos primitus diximus super his mulieribus quæ ante lugubre tempus nubunt ».

Voilà donc la mère tutrice assimilée en cas de nouveau convol, à la veuve qui se remarie dans l'an de deuil et frappée comme cette dernière (2). Parmi les peines qui l'atteignent il en est une sur laquelle Justinien insiste : C'est la note d'infamie « et infamiam, et omnia alia his inferentes... »

Elle ne peut apporter en dot à son second mari ou lui donner par testament plus d'un tiers de ses biens.

Tout ce que son premier mari peut lui avoir laissé par acte de dernière volonté lui est enlevé et va augmenter la part des autres successibles.

De même, elle est déclarée incapable de recueillir une hérédité, un legs, un fidéicommiss, une donation mortis causa, d'où que lui viennent ces libéralités (3). Sa part

1. « Juramentum antea præstet quod ad nuptias non perveniat sed judicium suam intactam conservet » (loi 3 au C. précit. Liv. V, tit. 25).

2. Loi 1 Dig. Liv. III ; tit. 2 : cf. fragm. Vatic. § 320. Loi 15 au Code Liv. II tit. 12, lois 1 et 2 C. Liv. V, tit. 9. Loi 4 C., Liv. VI, tit. 56. Nov. 22 cap. 40.

3. Nov. 22 cap. 22 : « Sed illa quidem quæ extrinsecus derelicta sunt ad alios venient ».

revient à ses cohéritiers ou aux héritiers *ab intestat* sans que le fisc ait rien à prétendre (2).'

Ab intestat, elle ne viendra à l'hérédité de ses cognats que si elle est parente du *de cujus* au troisième degré au plus.

Toutes ces déchéances sont énumérées au chapitre 22 de la Novelle XXII. C'est dans cette même novelle (2) que Justinien déclare infâme la mère tutrice qui se remarie au mépris de son serment.

La question de l'*infamia* appliquée aux femmes a soulevé de vives controverses et fait naître de longues et intéressantes dissertations (3). Nous n'y insisterons pas car

1. *Ibid.* : « Non enim fiscus hæc vindicabit, ne aliquo modo videamur talia corripientes fisci providere utilitati ».

2. Cap. 40.

3. L'infamie, comme institution de droit, est-elle applicable aux femmes ?

Si l'on considère l'*infamia juris* comme la perte des droits politiques ou si on la fait consister tout entière dans l'exclusion du droit de postuler pour autrui, il est évident que son application n'a aucun sens pour les femmes, car jamais les femmes n'ont exercé les droits politiques et il leur est interdit de postuler pour autrui. Mais là ne sont pas tous les effets de l'infamie. Elle produit encore certaines incapacités testamentaires, l'incapacité de témoigner en justice, et même, tant que les lois *Juliae* furent en vigueur, la prohibition de contracter mariage avec un ingénu. Au temps de Justinien, ce dernier effet avait disparu avec les lois caducaires ; mais les deux précédents subsistaient, parfaitement applicables aux femmes ; la veuve remariée *intra annum luctus* ou sans avoir satisfait aux règles de tutelle qui lui étaient spéciales, encourait donc l'infamie avec son cortège de déchéances et de déconsidération, au même titre que les adultères et les prostituées. Consulter : Savigny. *Traité de droit ro-*

elle ne rentre qu'assez indirectement dans notre sujet : la disposition de Justinien, en effet est une mesure coërcitive ou préventive destinée à combattre les secondes noces, plutôt qu'une mesure de protection pour les enfants de veufs remariés.

La mère tutrice qui convoitait à de secondes noces sans avoir satisfait aux prescriptions impériales pouvait, d'ailleurs, échapper à l'infamie de la même manière que la femme remariée dans l'an de deuil, ainsi qu'aux autres déchéances et incapacités pécuniaires (1). Il lui fallait pour cela adresser une requête à l'empereur, et abandonner à ses enfants sans conditions ni réserve d'usufruit la moitié de sa fortune.

Ces biens partagés entre les enfants par égales portions leur deviennent propres et se transmettent à leurs descendants : s'ils meurent sans postérité, leur part va à leurs frères et sœurs ; s'ils n'en ont point les biens font retour à la mère, « ut habeat consolationem suæ infelicitatis mater ».

Ces dispositions ne sont, bien entendu, applicables que dans le cas où les enfants meurent *intestat* car il leur est permis d'instituer leur mère dans leur testament.

Nous savons, en outre que la mère tutrice, qui convoitait à de secondes noces, était par le fait même de son convol, déchuë de la tutelle.

main, t. 2, appendice 7. Demangeat, I, p. 277, Gluck *Paudekten* XXIV, 1218. Depeiges : *de l'Infamie*, thèse Paris, 1888. Legeay ; *de l'Infamie en droit romain*, chap. IV, thèse Paris, 1893.

1. Nov. 22 ; cap. 22 et 40.

Cependant, l'obligation qui lui était imposée à son entrée en fonctions, de prêter serment de ne se point remarier, finit par sembler à l'empereur aussi inutile que dangereuse. Au lendemain de la mort de son époux, sous le coup d'une douleur sincère, la veuve n'hésitait pas à jurer *apud acta* qu'elle resterait éternellement fidèle à la mémoire du cher disparu, et, le plus souvent elle devait s'engager sans arrière-pensée. Mais, avec le temps, l'oubli venait : le serment semblait rigoureux et bien dure la chaîne qui la rivait à un mort ; quelques années, quelques mois peut-être s'étaient à peine écoulés : un prétendant s'offrait qui était agréé en dépit des promesses (1). Justinien voulut éviter un parjure à la femme ; dans la Nouvelle 94, il supprime la nécessité du serment.

Désormais, la veuve, quoique débitrice ou créancière de ses enfants, pourra administrer leur tutelle sous la seule condition de renoncer au bénéfice du Velléien et à ses autres avantages « car dit l'empereur, l'affection des mères pour leurs enfants doit suffire à rassurer la sollicitude du législateur » (2).

Cette réflexion est caractéristique : nous y voyons la reconnaissance des liens naturels, la pénétration du sentiment et de la raison de sentiment dans le système juridique romain : on sent là l'influence chrétienne qui prépare bien d'autres réformes.

Un nouveau pas fut fait dans cet ordre d'idées par la

1. Nov. 94, cap. 2 : «... et toties scimus prævaricatam legem et jusjurandum pejorum datum quoties pœne datum est ».

2. *Ibid.* cap. 1.

disposition de la Nôvelle 118 (1) où Justinien décide que la mère doit être admise à la tutelle de préférence à tous tuteurs légitimes. A défaut de la mère, l'aïeule prendra sa place sous les mêmes conditions.

Nous devons signaler ici une question que les textes n'ont pas prévue et qui a divisé les commentateurs : Supposons qu'une femme ait perdu, du fait de son second convol, la tutelle de ses enfants, puis qu'elle redevienne veuve. Pourra-t-elle recouvrer la tutelle ?

Il faudra répondre par l'affirmative, si l'on admet que la cause de la déchéance réside uniquement dans la présence du second mari : celui-ci disparaissant, la cause disparaît avec lui et la déchéance également, par voie de conséquence : *sublata causa, tollitur effectus*.

Certains auteurs, au contraire, qui voient dans la perte de la tutelle une peine véritable infligée aux seconds mariages plutôt qu'une mesure de protection pour les enfants de premier lit, décident que, devant le silence des textes, la mère ne peut jamais recouvrer la tutelle.

Nous croyons devoir rejeter cette dernière solution qui semble méconnaître le caractère véritable des lois sur les secondes noces. Pour nous, ces lois sont surtout inspirées par le désir de sauvegarder les intérêts des enfants. Le parâtre mort, le danger pour eux s'efface et la mère désormais soustraite à son influence peut reprendre en mains la tutelle, si les mineurs n'ont pas été pourvus d'un autre tuteur encore en exercice.

1. Nov. 118, cap. 5.

§ 2. — *Réserve pour les enfants de premier lit des biens que l'époux remarié a reçus de son conjoint.*

Justinien, dans les Novelles 2 et 22, a modifié sur nombre de points les dispositions des lois *Feminae* et *Generaliter*.

L'une de ses premières réformes fut la suppression de ce singulier droit d'élection entre les enfants que les constitutions de ses prédécesseurs avaient concédé à l'époux binube : les biens venus de l'auteur prédécédé seront, dorénavant, partagés également entre tous les enfants issus du premier mariage (1) « quoniam omnibus simul secundis nuptiis fecit injurias mater [vel pater] » (2).

Pour profiter des *lucra* à eux réservés par la loi *Feminae*, les enfants n'eurent même plus besoin d'être héritiers de leur auteur remarié, comme l'exigeait la loi *Generaliter*. L'empereur décide (3) que ces biens doivent, dans tous les cas, leur revenir, « licet non fiant heredes aut patris, aut matris, aut utriusque ».

Si l'époux survivant a indûment aliéné une partie de ces *lucra nuptialia* dont il n'a que l'administration et la jouissance, les enfants peuvent revendiquer en toutes mains les biens ainsi détournés, sans avoir autre chose à craindre qu'une prescription trentenaire, laquelle ne com-

1. Nov. 2, cap. 1 et Nov. 22 cap. 25.

2. Ce droit avait déjà été supprimé dans l'Empire d'Occident par Majorian en 458 et par Sévère, en 463, mais pour les femmes seulement.

3. Nov. 22 cap. 23.

mencera à courir contre eux que du moment où tous auront atteint leur pleine capacité (1).

Ce droit de critiquer les aliénations que leur auteur remarié a faites des *lucra*, les enfants de premier lit le transmettent à leurs héritiers. Cependant il peut être restreint à l'égard de ces derniers par les effets d'une convention spéciale, le *pactum orbitatis* que les textes appellent aussi *pactum non existentium liberorum* ou *filiorum*.

Par ce pacte, les époux conviennent que le survivant gardera tout ou partie des gains nuptiaux, si tous les enfants viennent à mourir avant lui. Supposons que le veuf ou la veuve aliène une part des *lucra*, puis se remarie. En vertu du *pactum orbitatis* intervenu entre le survivant et le prédécédé, le sort de l'aliénation reste en suspens. Deux hypothèses sont prévues : ou bien, au décès du remarié, il y a encore des enfants du premier lit vivants, ou bien tous les enfants issus de la première union sont décédés. Au premier cas, l'aliénation est radicalement nulle : dans le second, elle est valable et les héritiers des enfants seront, par l'effet du pacte, privés du droit de la critiquer (2).

La Nouvelle 22 prévoit une troisième situation (3) : qu'advientra-t-il si l'un des enfants seulement vient à mourir avant son auteur remarié ? S'il laisse lui-même des des-

1. Nov. 22, cap. 24 : « incipiente filiis tempore currere, ex quo suæ potestatis apparuerint existentes aut facti nisi tamen aliqua impubes ætas adjuvet adhuc ».

2. Nov., 2 ; cap. 2.

3. Nov., 22 ; cap. 26 pr.

cendants, ceux-ci le représentent : s'il n'en laisse point, la part qui lui revenait dans les biens de l'époux prédécédé reste au conjoint survivant à l'exclusion des frères et sœurs. L'aliénation faite des biens du premier conjoint sera donc validée pour cette part.

Le *pactum non existentium filiorum* devint d'un usage de plus en plus fréquent lorsque Justinien, toujours préoccupé de l'intérêt des enfants, jugea bon d'assimiler l'époux qui restait veuf à celui qui se remariait en les obligeant l'un et l'autre à réserver les *lucra*. Tous les deux se trouvèrent réduits à l'usufruit de tout ce que leur avait donné leur conjoint défunt (1).

Tous les deux se trouvent soumis, comme administrateurs du bien d'autrui, à l'hypothèque qui, depuis 528, frappe le père comme la mère (2). Cette dernière est même encore obligée de fournir la caution que réclame la législation antérieure.

L'empereur, cependant, finit par trouver trop dure la condition ainsi faite aux parents veufs ; il revint en partie sur ce qu'il avait fait (3), et, dans la Nouvelle 127, décida que l'époux non remarié garderait désormais de ses gains nuptiaux, outre l'usufruit total, une part d'enfant en pleine propriété.

De ce même esprit de réaction contre les rigueurs excessives, procède une disposition que nous ne saurions omettre.

Jusqu'ici nous n'avons envisagé que le cas où les gains

1. Nov., 98 ; cap. 1.

2. Loi 8, § 5 au Code. Liv. V ; tit. 9.

3. Nov. 127 ; cap. 3.

nuptiaux réalisés par le conjoint survivant consistaient en propriété. Si le premier mari n'avait donné à sa femme qu'un usufruit, la règle ordinaire conduisait à la disparition de cet usufruit au profit des enfants (1).

Justinien voulut éviter ce résultat un peu dur qui semblait dicté plutôt par l'horreur des secondes noces que par le désir de protéger les enfants du premier lit. Il décida que cet usufruit ne sera perdu pour la femme remariée que si telle est l'intention formellement exprimée de son premier mari (2). Cette solution doit évidemment s'étendre à l'hypothèse inverse où c'est la femme qui a donné un usufruit à son conjoint.

Il peut se faire que l'usufruit de la mère porte sur une donation *ante nuptias* qui consiste en une somme d'argent. Si elle donnait caution, elle était en droit d'exiger que la somme d'argent lui fût remise : quand, dans la succession, il ne se trouvait pas, alors, un capital réalisé égal au montant de la donation *ante nuptias*, les enfants se voyaient dans la fâcheuse obligation de vendre une portion du patrimoine paternel pour se procurer du numéraire ; d'où pour eux préjudice pécuniaire possible. Justinien décida (3) que la mère, même en offrant caution, ne pourrait jamais, en ce cas, exiger la somme d'argent constituant la donation *ante nuptias*. Les enfants devront seulement lui servir les intérêts pour la garantie desquels

1. Loi 1 au Code Liv. V ; tit. 40.

2. Nov. 22, cap. 32 : « nisi expressim ille qui donationem facit aut hunc reliquit., dixerit velle, ad secundas veniente nuptias eo qui usumfructum accepit, solvi eum et ad suam reverti proprietatem ».

3. Nov. 2, cap. 4 et Nov. 22, cap. 45 § 2.

ils seront, à leur tour, tenus de fournir caution à leur mère.

Ainsi donc, les enfants du premier lit voient s'accumuler en leur faveur les mesures protectrices : leur réserve est défendue avec un soin minutieux : de tous côtés, les précautions sont prises pour éviter le détournement de la plus petite parcelle des biens que la loi leur assure. A eux seuls doivent parvenir intacts les biens provenant du patrimoine de leur père ou de leur mère prédécédé. Auront-ils encore des droits sur les biens que leur auteur remarié a reçu de son deuxième conjoint ? Viendront-ils, en concours avec leurs frères et sœurs utérins ou consanguins, demander leur part de ces libéralités ?

Suivant les principes posés par ses prédécesseurs (1), Justinien distingue (2). Il attribue aux seuls enfants du second lit la donation *ante nuptias* et la dot constituée par le second conjoint. Quant aux biens reçus à un autre titre de ce dernier, legs ou fidéicommiss, par exemple, ils restent propres à l'époux bénéficiaire qui peut en disposer à son gré comme d'une part de son hérité et par conséquent, en faire profiter exclusivement les enfants issus de son premier mariage (3).

La même solution s'applique, *mutatis mutandis*, aux troisième et subséquents convols.

1. Honorius et Théodose an. 422, v. loi 4 au Code *De secund. nuptiis*, *precit.*

2. Nov. 22 ; cap. 29.

3. «... Hæc commixta eorum substantiæ., maneant apud eos immota ; et ad eorum, velut propria, successiones perveniant, aut etiam a superstitibus quo volunt disponantur modo ».

« Et absolute, unaquæque soboles proprii parentis accipiat sponsalitiâ largitatem ».

La législation justinienne contient enfin, relativement à la réserve des biens qui nous occupent, une disposition capitale que l'on doit s'étonner avec juste raison de voir omise par toute la législation antérieure. Les empereurs n'avaient consacré la nécessité de conserver aux enfants les gains nuptiaux que pour le cas où le mariage était dissous par la mort de l'un des conjoints. Pareille obligation n'existait donc pas au cas de dissolution par le divorce ; et pourtant, « ce remède funeste mais nécessaire (1) » trouvait au Bas-Empire, comme au siècle d'Auguste une trop fréquente application (2) : or il semble bien que le sort des enfants de divorcés soit aussi digne d'intérêt que celui des enfants de veufs. Rien n'avait été fait pour eux, néanmoins, quand Justinien vint décider que les gains nuptiaux devraient être désormais réservés aux enfants en cas de dissolution du mariage par le divorce comme ils l'étaient déjà en cas de dissolution par la mort : « Ad hæc lucra quæ marito vel uxori vel ante nuptias donatione occasione repudii accedunt, indistincte post secundas eorum nuptias liberis ex priore conjugio procreatis ad

1. Loi 8 au Code. Liv. V, tit. 17 « infaustum, tamen necessarium auxilium ».

2. En 449, Théodose et Valentinien III avaient tenté de restreindre le nombre des divorces par la limitation de leurs causes. Constantin avait déjà fait beaucoup dans ce sens. Leur constitution (loi 8 *De repudiis* § 2 et 3), n'en énumère pas moins 14 motifs de divorce ou de répudiation, dont quelques-uns étonnent par leur puérilité. Justinien en ajouta même une quinzième, l'impuissance du mari prolongée durant deux ans.

similitudinem matrimonii morte dissoluti servari, nec de cætero repudii causam requiri, vel aliam in ea re exquisitionem fieri » (1).

La Novelle 22 confirme ces dispositions en les complétant : « quæcumque lucrati fuerint parentes repudio soluto matrimonio... hæc ad instar ex morte lucrorum omnia servantur filiis. Et non discernimus ex cujus culpa matrimonium repudio sit solutum. Quocumque enim modo se habeat causa, servetur etiam quod lucratum est ex illis nuptiis, filiis qui ex his processerunt, sive prima soluta sint matrimonia repudio, sive etiam secunda, licet tertiæ non secutæ sint nuptiæ » (2).

Ainsi la règle est générale autant qu'inflexible : l'on n'aura pas à rechercher les causes du divorce ; il est permis de regretter que l'époux innocent ne soit pas mieux traité que celui dont les torts ont amené la rupture. Ce souci d'égalité s'étend à l'homme comme à la femme en ce qui concerne le sort des biens venus au survivant du conjoint prédécédé, « contrà binubos pœnæ communes viri sunt et mulieris » (3).

§ 3. — *Réglementation des droits de l'époux remarié à la succession des enfants de premier lit morts sans postérité.*

La loi *Femineæ*, nous l'avons vu, ne laissait à la femme binube la succession de son enfant qu'à titre d'usufruit.

1. Loi 9, § 1 au Code ; liv. V tit. 9.

2. Nov. 22 ; cap. 30.

3. Nov. 2 ; cap. 2.

Déjà, un adoucissement avait été apporté à cette règle par la constitution de Théodose et de Valentinien d'après laquelle la partie de cet héritage qui ne provient pas du père lui était abandonnée en pleine propriété. Justinien trouve encore trop rigoureuses ces dispositions et dans un mouvement de générosité peut-être un peu irréfléchi, rétablit en faveur de la mère les règles normales. Sans doute la fidélité à la mémoire d'un premier mari est digne de tous les respects et de tous les éloges : mais faut-il faire un crime à une jeune veuve de n'avoir pu résister aux sollicitations de la nature, à l'ardeur de désirs en somme légitimes ? doit-on la punir si elle succombe dans cette lutte inégale « *contra fervorem naturæ* » ? on arrivera ainsi à lui faire préférer un honteux concubinage aux *justæ nuptiæ* ce qui est loin de répondre aux vœux du législateur.

Ces raisons que l'empereur développe dans la Nouvelle II le conduisent à ces mesures douces et clémentes 1) : la mère, qu'elle ait convolé avant ou après le décès de son enfant, viendra à la succession de ce dernier avec ses frères et ses sœurs sans que ses droits subissent aucune restriction, même pour les biens qui proviennent du père(2).

A peine ces règles nouvelles étaient-elles entrées en vigueur que Justinien, peu constant, jugea bon de les modifier(3). En cas de succession testamentaire, rien n'est changé et la mère garde en pleine propriété ce

1. « *Clemens et mitis sit hæc lex, matres filiis concilians* ».

2. Nov. 2 ; cap. 3.

3. Nov. 22 ; cap. 40.

qu'elle tient de la dernière volonté de son fils (1). Mais, en l'absence de testament, l'empereur revient à la distinction établie par Théodose et Valentinien. Sur les biens venus à l'enfant du patrimoine de son père, la mère ne prend sa part qu'en usufruit ; elle ne devient propriétaire que de ceux échus à son fils *extrinsecus*.

§ 4. — *Perte pour le conjoint remarié des libéralités de son premier époux affectées d'une clause de viduité.*

Depuis les réformes des empereurs chrétiens des seconds mariages n'avaient cessé d'être vus avec défaveur et les lois avaient multiplié autour d'eux les entraves et les déchéances. Néanmoins, le système des lois caducaires, bien qu'abrogé en principe survivait dans une disposition dont la persistance jusqu'au vi^e siècle n'est pas sans étonner. D'après la loi *Julia Miscella*, il est interdit à un époux d'affecter d'une clause de viduité la libéralité qu'il fait à son conjoint : toute condition de ne pas se remarier est réputée non écrite, et le bénéficiaire d'une donation, d'un legs, etc. fait sous une telle condition peut convoler sans en être dépouillé, à de secondes noces, pourvu qu'il prenne l'engagement dont nous avons parlé plus haut (2).

Il est étrange de voir une semblable disposition co-exister durant près de quatre siècles avec des lois telles que les lois *Feminae*, *Hac edictali* et tant de mesures franchement hostiles aux remariages.

1. «... ubique custodire morientium volumus voluntates ».

2. « Se liberorum quærendorum causa nubere » (*v. supra* p.17).

Quoi qu'il en soit, la loi *Julia Miscella* était encore en vigueur en 536 ; Justinien, frappé sans doute de l'anomalie que nous venons de signaler, supprima cette épave d'un régime disparu. La condition de ne pas se remarier fut déclarée valable et obligatoire sans restriction (1) : « sequenda est enim defuncti voluntas, »

Le bénéficiaire de la libéralité a donc désormais le choix entre deux partis : recueillir le legs ou la donation en se conformant à la volonté de son conjoint défunt ou se remarier, en perdant ses droits.

Mais, au premier cas, comment et quand sera-t-on sûr que la condition pourra être considérée comme réellement accomplie : il faudrait attendre pour cela, la mort de l'époux gratifié, ce qui est inadmissible. Et pourtant, jusqu'au décès du bénéficiaire il y a place pour un remariage. L'empereur vit la solution de cette difficulté dans l'établissement de règles spéciales concernant la délivrance et assurant des garanties sérieuses en vue d'une restitution éventuelle.

L'époux gratifié ne pourra réclamer le montant de la libéralité qu'au bout d'un an, à compter du jour de la mort de son conjoint : il devra fournir caution (2) et hypothéquer ses biens pour le cas où, plus tard, il reviendrait sur sa résolution première en se remariant et de-

6. Nov. 22 ; cap. 43 et 44.

1. C'est la *cautio muciana* imaginée par Publius Mucius Scœvola ou son fils Quintus ; elle trouvait son application au cas de toute condition dont l'accomplissement doit demeurer incertain pendant toute la vie du bénéficiaire de la libéralité qui en est affectée. V. Accarias I, n° 324 § 4.

vrait, par suite, restituer les biens recueillis sous condition. Les précautions sont donc bien prises, pour que, dès le second convol de l'époux bénéficiaire, les libéralités fassent intégralement retour aux héritiers naturels ou aux personnes appelées à son défaut : ce seront, le plus souvent, les enfants de premier lit.

§ 5. — *Restrictions au droit de disposition de l'époux remarié. — Modifications à la loi Hac Edictali.*

La constitution de Léon et Anthémios, en protégeant les enfants issus d'un premier mariage de la façon la plus complète et la plus efficace, avait sévèrement frappé l'époux binube qui ne pouvait donner à son nouveau conjoint une portion de ses biens plus considérable que celle que recueillerait le moins favorisé de ses enfants. Si la libéralité excédait la quotité disponible, elle était réduite, et l'excédent partagé entre les enfants du premier lit.

Justinien modifia cette règle et admit à profiter du retranchement même les enfants nés du second mariage (1) mais il ne tarda pas à se raviser (2) et revint au système de la loi *Hac Edictali* en réservant aux seuls enfants du premier lit le partage des biens retranchés. En même temps il résolvait une question restée indécise : quand il y a lieu à retranchement pour une donation faite par la femme ou le mari à son second conjoint, la valeur de cette donation doit-elle être fixée à la date du contrat ou bien à l'époque de la mort de l'époux donataire ? L'empe-

1. Loi 9 (*Quoniam*) au Code ; liv. V ; tit. 9 an. 529.

2. « Hoc tamen etiam nobis non placet ». Nov. 22, cap. 27.

reur décide que c'est à cette dernière date que l'on doit se reporter. «... Tempus illud considerandum est secundum quod binubus moritur et portio inde sumenda ; et secundum eam, id quod plus est contemplantes, auferre quod transcendit oportet, et filiis applicare » (1).

Nous avons remarqué dans la loi *Hac Edictali* une autre lacune ou plutôt une inconséquence que Justinien vint encore supprimer : un parent remarié qui avait des griefs légitimes contre l'un de ses enfants du premier lit, se trouvait dans la pénible alternative ou de renoncer à châtier l'enfant coupable en l'exhérédant, pour pouvoir donner quelque chose au second conjoint, ou de renoncer à gratifier le second conjoint, pour pouvoir châtier l'enfant coupable. Cet état de choses avait de déplorables conséquences : « liberi etenim scientes quod omnimodo aliquid sibi a genitoribus suis etiam nolentibus relinquendum est, et tantum quantum secundus maritus vel noverca acceperit, omnilicentia et lascivia suos genitores injuriis afficiebant ».

L'empereur voulut effacer une anomalie qui entraînait d'aussi pénibles abus : il décida (2) que les enfants ingrats seraient déchus du bénéfice de la loi *Hac Edictali* et que, dans l'hypothèse où l'un d'entre eux serait exhérédé, le second conjoint pourrait recevoir une part égale à celle du moins prenant des autres enfants.

1. Nov. 22 ; cap. 28. Coffinières. (*Conférence des Nouvelles de Justinien avec l'ancien droit français et le Code Napoléon*, p. 135), prétend par suite d'une fausse traduction assez inexplicable, qu'on doit envisager l'époque de la mort du conjoint qui a fait la libéralité.

2. Loi 10 au Code ; liv. V, tit. 9, an. 529.

Cette *minor portio* n'est pas réductible à une quotité dérisoire, comme l'ont prétendu certains glossateurs ; pour servir de mesure à la quotité disponible en faveur du nouveau conjoint, il faut que la part laissée à l'enfant le moins favorisé soit égale ou supérieure à la légitime (1). Peu importera que l'enfant le moins prenant se soit, en fait, contenté d'une part inférieure.

Un autre danger devenait à craindre : ainsi protégé l'auteur remarié pouvait dorénavant exhériter arbitrairement ses enfants pour cause d'ingratitude peut être imaginaire ; Justinien y para en décidant que de justes causes seraient requises pour l'exhérédation. Seuls les enfants qui auront été convaincus d'ingratitude par les héritiers de leur parent, au moyen de preuves irréfragables, tomberont sous le coup de la loi (2).

L'empereur insiste particulièrement sur la détermination des cas d'ingratitude. Comme à ses prédécesseurs, la mère qui convole en secondes noces, lui est, par le fait même, suspecte « ...ad secundas nuptias respiciens... non sincero judicio ingratitudinem objicere videtur ». Aussi confirme-t-il les constitutions qui la privent de révoquer pour ce motif les donations par elle faites antérieurement à ses enfants du premier lit. Cependant son penchant vers l'équité lui suggère quelques restrictions : la mère pourra révoquer sa donation en se fondant sur l'ingratitude de son enfant quand celui-ci aura attenté à sa vie, l'aura frappée ou aura tenté de lui faire perdre tous ses biens (3).

1. Nov. 22 ; cap. 27.

2. Loi 10 précit. au Code ; liv. V ; tit. 9 et nov. 22 ; cap. 27.

3. Nov. 22 ; cap. 35.

Il restait à prendre des mesures pour empêcher de frauder ou de tourner les dispositions prises en faveur des enfants de premier lit.

La constitution de Léon et Anthémius avait prévu et interdit les donations déguisées et faites par personnes interposées, au nouvel époux, au-delà de la quotité disponible. Mais la preuve de ces fraudes, qui incombe aux enfants reste singulièrement difficile. Justinien n'a rien fait pour la rendre plus aisée; aucun texte n'établit une présomption légale d'interposition de personnes: la question de savoir qui doit être considéré comme personne interposée demeure une question de fait.

Ce n'était point là le seul moyen d'échapper aux dispositions de la loi *Hac Edictali*. En permettant d'augmenter ou de diminuer pendant mariage la dot ou la *donatio propter nuptias*, Justinien avait rendu d'autres fraudes possibles: le père ou la mère remarié aurait pu, sans recourir à une libéralité déguisée, avantager de façon indirecte, son second conjoint, au-delà de la quotité disponible. Il n'avait qu'à lui constituer, lors de son convol, une dot ou une donation *propter nuptias* supérieure à la quotité disponible en sa faveur, puis, *constante matrimonio*, à la réduire de lui-même à cette quotité. De cette façon, les enfants du premier lit sont joués. S'ils avaient fait eux-mêmes réduire à la mort de leur auteur la libéralité excessive, ils auraient été seuls à profiter de cette réduction; (1) en prenant les devants, en opérant spontanément ladite réduction, le père ou la mère remarié fait

1. Loi 6 précit. au Code; liv. V; tit. 9.

tomber l'excédent dans le patrimoine libre, dans la masse partageable commune ; au lieu de le recueillir seuls, les enfants du premier mariage auront à subir le concours de leurs frères et sœurs des autres lits et même de leurs beaux-parents.

Ce danger n'échappa point à l'empereur qui le supprima (1) en décidant que la diminution de la dot et de la donation *propter nuptias* serait interdite toutes les fois qu'il s'agirait d'un second mariage et qu'il existerait des enfants d'une première union (2).

§ 6. — *Dispositions générales. — Règles communes à toutes les peines des secondes noces établies dans l'intérêt des enfants de premier lit.*

Nous avons réservé pour les grouper dans un tableau spécial, une série de dispositions et de principes qui trouvent leur application toutes les fois qu'il s'agit pour les enfants d'un second mariage de leur auteur.

Dans tous les cas où celui-ci convole à de secondes noces :

1° Le père conserve l'administration de leurs biens,

1. Loi 10 au Code ; liv. V, tit. 9 et nov. 22 ; cap. 31.

2. Nov. 22 ; cap. 31 *in fine* : «... Sed hoc, quod de deminutione dictum est, non permittemus, si secundæ fiant nuptiæ... cum filii ex prioribus fuerint nuptiis. Si enim immensam obtulerit dotem aut antenuptialem donationem parens, aut aliquid largiatur aliud ; deinde sentiens, quo ferat lex, abbreviet quod factum est, et deminuat dotem aut antenuptialem donationem, nequaquam lucrum erit filiis quod datum est, sed licebit lucrari aut vitricum, aut novercam, filiis secundum hoc legis ».

malgré son remariage : « *Negotia liberorum patri utiliter administrare concedimus* », dit la loi Généraliter qui n'a pas été modifiée sur ce point.

2° Les peines des secondes nocces qui ont pour but de sauvegarder les intérêts des enfants s'appliquent en cas de divorce comme en cas de veuvage.

Cette solution, nous l'avons vu donner en termes exprès par la Nouvelle 22 (cap. 30) pour ce qui concerne l'obligation de réserver les avantages provenant du mariage dissous aux enfants issus de ce mariage. Nous croyons qu'il faut l'étendre à tous les cas analogues par argument *a simili*.

3° L'époux prémourant peut dispenser son conjoint des peines des secondes nocces soit dans son contrat de mariage, soit dans son testament.

Les textes sont formels à cet égard : « *Secundum vero illud : ut omnia, quæcumque ex hodierna die testator disposuerit de talibus, sive vir, sive mulier consistat, hæc valeant. Disponat itaque unusquisque super suis ut dignum est, et sit lex ejus voluntas ; sicut et antiquissima nobis lex et prima pene Reipublicæ Romanorum disponens ait : Uti legassit quisque de sua re, ita jus esto* » (1).

Nous retrouverons cette règle dans la législation de nos pays de droit écrit.

4° Le père et la mère remariés ont le droit d'avantager sur leurs biens personnels, l'un quelconque de leurs enfants sans distinction de lit.

1. Nov. 22 ; cap. 2 : *ut pœnam hac lege secundis nuptiis constitutam conjuges sibi remittere possint.*

Néanmoins Justinien leur conseille de conserver autant que possible l'égalité entre eux et il termine par cette réflexion empreinte d'un orgueil un peu naïf : « Sic erunt parentes boni et nostra digni legislatione » (1).

Nous avons ainsi terminé l'étude des réformes justiniennes. L'œuvre de l'empereur n'égale point, sans doute, celle de ses devanciers ; on doit pourtant lui savoir gré d'avoir, en comblant plusieurs lacunes et en éclairant certains points de détail, manifesté toujours un singulier souci des intérêts de l'enfant. A ce point de vue, il a peu laissé à faire à ses successeurs, qui n'ont point cherché d'ailleurs à réviser sa législation.

SECTION III.

LES SUCCESSEURS DE JUSTINIEN

Avec les derniers empereurs byzantins, un esprit nouveau s'introduit dans la législation des secondes nocces. Celles-ci sont toujours vues d'un mauvais œil, mais l'intérêt des enfants de premier lit entre pour une part infime dans ce sentiment de réprobation. Les despotes du Bas-Empire ne sont plus capables d'obéir aux raisons qui avaient dicté les sages mesures de leurs prédécesseurs. Ce n'est plus, nous le répétons, la crainte d'un préjudice pour les enfants de premier lit, qui pousse à surveiller les seconds mariages : ce sont mille raisons ineptes, tirées, pour la plupart d'une fausse interprétation des canons ecclésiastiques, qui aboutissent à l'introduction de pénalités bizarres contre l'époux binube.

1. Nov. 22 ; cap. 48.

Nous voyons Léon VI le Philosophe, appliquer aux troisièmes mariages les peines portées par l'Eglise au Concile de Néo-Césarée dans des termes et pour des motifs qui méritent d'être cités : « ... Statuimus ut, qui ad tertium matrimonium pervenerint, pœnæ quas in ipsos sacer Canon promulgavit obnoxii sint... oportebat enim homines, cum in aliis, tum præcipue in castitate matrimoniali a brutis non vinci. Multa autem brutorum animantium genera, conjuge mortuo, perpetuam viduitatem amplectuntur, alterisque nuptiis priores, velut congesta terra, obtegere nolunt » (1).

De telles élucubrations se passent de commentaires (2).

En 920, l'empereur Constantin Porphyrogénète, « un de ces princes qui avilit la législation romaine par des réglemens idiots et gauches » (3), frappa de nouveau les secondes noccs. S'autorisant du titre de protecteur de l'Eglise grecque, que du reste, il s'était attribué lui-même, il prononça contre le convol des peines d'ordre purement religieux. Les quatrièmes mariages sont dans tous les cas interdits ; les troisièmes le sont aussi, avec quelques restrictions. Avec un luxe de détails et de considérations plus ou moins oiseuses, l'empereur décide que les contrevenants seront privés de l'Eucharistie durant une période qui varie suivant leur âge de quatre à cinq années (4).

Si le veuf ou la veuve a des enfants d'une précédente

1. Imp. Leonis constit. XC.

2. Ces beaux sentiments n'empêchèrent point, d'ailleurs, Léon VI de se marier quatre fois et d'être excommunié pour ce fait.

3. Merlin. *Répertoire de jurisprudence*, v. *Secondes noccs*.

4. Nouvelle de l'an du monde 6534, indiction 9.

union, il lui est défendu, de la façon la plus complète, de songer à convoler en troisièmes nocces, « quia manifestum est eum sola intemperantia motum, et quod sit carnalis libidinis servus. Est enim valde iniquum tempestivæ libidini indulgere, priorum autem matrimoniorum liberis non prospicere ut sint securi et amolestia, et a perturbatione remoti, quæ solent evenire hominibus ex filiorum multorum susceptione ».

Nous avons dû, pour être complet, jeter un coup d'œil rapide sur cette législation étonnante des empereurs byzantins, où la seule mesure prise en faveur des enfants consiste en une maladresse intolérante. Aucune de ces dispositions qui contrastent si fort avec les sages mesures d'un Théodose ou d'un Léon, n'a laissé de traces dans notre droit français : on ne s'en étonnera point.

DEUXIÈME PARTIE

LÉGISLATION DE L'ANCIENNE FRANCE

Nous n'irons point chercher dans les coutumes celtiques les origines lointaines de notre droit. Sans doute, au point de vue ethnique, « le fond de la nation est celtique » (1). Peut-être les Gaulois avaient-ils, au moment où les Romains s'emparèrent de leurs pays, une civilisation assez avancée, comme le prétend M. Gaston Paris. Mais nous connaissons trop peu le droit privé, et spécialement le droit de famille de ces premiers ancêtres pour y trouver des documents relatifs à notre sujet. Il est, d'ailleurs, plus que probable que les coutumes gauloises ne survé-

1. Gaston Paris. *Histoire de la littérature française au Moyen-Age*, 2^e édit., p. 8. En ce sens v. Fouillée. *Les Races latines*. *Revue des Deux Mondes* du 1^{er} décembre 1899.

Sur les coutumes galliques antérieures aux invasions, consulter : César *de Bello Gallico*. — Strabon *Geographica* (trad. Tardieu). — Pomponius Mela. *Chorographia*, III. — Les coutumes du pays de Galles rédigées au X^e siècle par le roi Howel-le-Bon.

Laferrière. *Histoire du droit français*, t. I. — Pardessus. *Mémoire sur les origines du droit coutumier*. — Klimrath. *Essai sur l'Histoire du droit français*. — Koenigswarter. *Histoire de l'organisation de la famille*. — Starcke. *La famille primitive*. — Gide, *op.cit.* *Condition privée de la femme*. Liv. IV. — De Valroger, *la Gaule Celtique*.

eurent pas à la conquête romaine. Avec leur amour des choses nouvelles servi par une prodigieuse faculté d'assimilation, les Gaulois adoptèrent promptement les usages, les institutions et les lois de leurs vainqueurs. Si le type physique a persisté, l'âme n'a point tardé à devenir toute latine : nous faisons exception pour la Bretagne.

C'est donc en vain que nous chercherions les vestiges d'un droit purement national : partout où ne nous rencontrons pas les traces du droit romain, nous reconnaissons celles du droit germanique (1). Ce droit même, ou plutôt cet ensemble de coutumes germaniques, comment le connaissons-nous ? Sans doute, nous avons des textes, lois, capitulaires, chartes et formules ; mais tous sont postérieurs à la conquête, tous ont été rédigés sur le sol envahi, sous l'influence du milieu gallo-romain, sous l'influence de la conversion récente des conquérants au christianisme ; ce n'est point le fonds germanique original et pur tel que nous voudrions surtout le dégager.

Les historiens qui nous renseignent à ce sujet, César, quelques rares passages, Tacite, dans ses « Mœurs des Germains » nous disent assez peu de choses sur les coutumes juridiques des peuplades transrhénanes. D'ailleurs y a-t-il jamais eu un ensemble de dispositions impératives communes à toutes les hordes de la Germanie ? Les coutumes ne variaient-elles pas, au contraire, avec chaque région, comme plus tard en France, au Moyen-Age ; peut-être avec chaque tribu, chaque clan, comme aujour-

1. Gide, *op. cit.* *Condition privée de la femme*, p. 372.

d'hui encore chez les Indiens d'Amérique ou chez les Arabes ?

Vouloir tirer des quelques renseignements que nous possédons sur l'organisation de la famille germanique, des données précises sur le point spécial qui nous occupe, serait à notre avis, téméraire : nous nous exposerions à rester dans le domaine de l'hypothèse et de la fantaisie.

Nous commencerons donc l'étude de la protection des enfants de premier lit dans l'ancien droit français, seulement à l'époque où les barbares une fois établis sur le sol des Gaules, comprirent la nécessité de rédiger et de codifier leurs coutumes.

Un premier chapitre sera consacré à l'étude de notre question dans les lois des Franks, des Burgondes et des Wisigoths, puis, à travers le Moyen-Age jusqu'au xvi^e siècle où se place la réforme capitale de l'Edit des Secon-des nocés.

Dans le chapitre second, après avoir commenté et analysé les dispositions de l'Edit de 1560, nous rechercherons l'influence qu'il a exercée dans les pays coutumiers et spécialement sur la seconde rédaction des coutumes de Paris et d'Orléans.

Nous présenterons, enfin, un tableau succinct de la législation presque toute romaine des pays de droit écrit jusqu'en 1789.

CHAPITRE PREMIER

Très ancien droit (des invasions germaniques jusqu'au XV^e Siècle).

Lorsque les barbares envahirent la Gaule, ils la trouvèrent soumise aux lois romaines du Code Théodosien et pénétrée, depuis longtemps, des doctrines et de la morale chrétiennes. Le droit et la religion y étaient donc également hostiles aux seconds mariages et protecteurs des enfants de premier lit. Les conquérants n'eurent pas de peine à accepter sur ce point les lois des vaincus : ils y étaient merveilleusement disposés, et par leur nature généreuse, et par les principes absolus qu'ils professaient en ce qui concerne l'indissolubilité du lien conjugal (1).

Sans négliger les dispositions intéressantes que nous pourrions rencontrer dans la législation des autres peuples barbares, nous étudierons plus spécialement les lois des Franks, des Wisigoths et des Burgondes qui peuvent être considérées comme l'une des sources de notre droit national.

1. Au moins en ce qui concerne la femme : nous voyons dans les *Nibelungen* Brunehild se brûler sur le bûcher de Sigurd. — V. Tacite *Germanie*, c.19. — Procope, *de Bello Gothico*, II, 14. Grimm; I, 451.

SECTION I

LOIS BARBARES

La loi Salique, est, de toutes les lois barbares, celle qui a subi le moins profondément l'influence romaine. Rédigée, selon l'opinion la plus vraisemblable, entre 486 et 496, sous le règne de Clovis, (1) elle a conservé une saveur germanique assez prononcée. Malheureusement les dispositions concernant le droit privé, y sont rares : sur soixante-cinq titres que comprend son texte primitif, (2), sept seulement sont relatifs aux droits de famille, de propriété et aux contrats ; tout le surplus est consacré au tarif des compositions (*wehrgeld*).

Nous y trouvons cependant, sinon dans le texte primitif, du moins dans les capitulaires (*capita extravagantia*) qui le complétèrent, des renseignements précieux sur notre sujet. L'enfant, tant que durait sa minorité (3) restait sous le *mundium* du père. Quel était le caractère précis de ce pouvoir (4) ? Nous n'avons pas à le recher-

1. Esmein, *op.*, *cit.* *Cours d'Histoire du droit français*.

2. Cette première rédaction est intitulée : *Pactus legis salicæ*.

3. Le temps de la minorité, et, par suite, la durée du *mundium* paternel diffère suivant qu'il s'agit de fils ou de filles. Ces dernières, dans le principe demeuraient *in mundio* jusqu'à leur mariage ; on admit, à l'époque franque, quelques adoucissements à cette règle. Pour les fils, la majorité était fixée à 12 ans par la loi Salique, à 14 ans par les lois Ripuaire, Burgonde et Wisigothe : c'était l'*ætas perfecta*, l'âge où leur développement physique était jugé suffisant pour leur permettre de se passer de la tutelle et de la protection paternelles.

4. Était-ce, à l'origine, un droit purement autoritaire analogue à la

cher dans le vieux fonds germanique, dans les coutumes barbares antérieures aux invasions. A notre époque, il était seulement un droit et un devoir de protection sur la personne de l'enfant : dans les textes mérovingiens, le *mundium* est souvent appelé *tuitio*. Certaines prérogatives s'attachaient à cette autorité tutélaire : le père avait la jouissance des biens appartenant au *parvolus* : il avait aussi un droit de succession sur ses biens, et, de plus droit au *wehrgeld* dû à l'enfant.

La mort de sa mère n'influaient en rien sur la condition de ce dernier ; à la mort de son père, l'enfant encore mineur restait vraisemblablement confié aux soins maternels. Le *mundium*, cependant, ne passait pas à la mère qui était elle-même *in mundio*, mais au parent paternel le plus proche. Impliquant la charge de protéger le *parvolus* contre toutes sortes d'offenses, il ne pouvait être exercé que par un mâle.

patria potestas romaine? Était-ce, au contraire, une autorité surtout titulaire accordée au chef quel qu'il fût en vue de la protection des faibles qui s'attachent à lui ? Nous inclinons volontiers vers cette dernière solution : « L'homme de guerre estime avant tout le courage et la force. Mais aussi, dans le sentiment de sa force et de son courage, il puise le sentiment et l'idée généreuse de défense, de protection à l'égard des faibles ; telle est la noble origine du *mundium* ». (Laferrière. *Histoire du droit civil de Rome et du droit français*, t. III, p. 154), — en ce sens Pardessus. *Loi Salique* ; dissert. 3^e ; Glasson. *Observations sur la famille et la propriété chez les Germains*. Lehr. *Traité élémentaire de droit civil germanique*. Lefebvre, *op. cit.* et à son cours (leçon du 19 janvier 1897). V. *contra* Fustel de Coulanges. *L'invasion germanique*. Simonnet (thèse Paris 1898). *Le mundium dans le droit de famille germanique*.

Qu'advenait-il en cas de second mariage de leur auteur ? Les peuples germaniques, nous le savons par Tacite, n'étaient pas favorables aux secondes nocces ; la loi Salique les permet cependant, mais son titre XLVI où il est question du mariage des veuves semble multiplier les entraves autour des unions de ce genre. Celui qui veut épouser une veuve doit se présenter devant le centenier, *in mallo*, et là, payer au plus proche parent mâle du premier mari le *reipas*, droit fixe de trois sous et un denier. Le titre VII des *Capita extravagantia* impose, en outre, à la veuve l'obligation de payer aux parents de son mari défunt l'*achasius*, c'est-à-dire une prestation égale au dixième du montant de la dot qu'elle en avait reçue, « ut pacem habeat parentum ».

Quelque signification que l'on attribue à ces formalités, elles prouvent la défaveur avec laquelle les Franks envisageaient les seconds mariages.

La situation souvent fâcheuse faite, en ce cas, aux enfants de premier lit, ne leur avait point échappé. Les *capita extravagantia* introduisent en leur faveur des mesures protectrices dans l'hypothèse où c'est le père qui se remarie, comme dans celle où c'est la mère qui convole à de secondes nocces et passe ainsi sous le *mundium* d'un nouvel époux. Notons qu'avant de se remarier, cette dernière est obligée de prendre conseil des parents de son mari défunt (1).

Nous avons admis, avec M. Pardessus (2) que la veuve

1. Leg. Salic. cap. extravag. tit. VII princip.

2. *Loi Salique*. Paris 1843, p. 688.

conservait ses enfants auprès d'elle, chez les Francs, comme nous le verrons plus loin, chez les Burgondes. Quand elle se remariait, ils lui étaient certainement retirés pour être remis à leur *muudualdus*. Leurs intérêts pécuniaires ne sont pas, non plus, négligés. La mère remariée n'aura pas le droit d'aliéner ce qui lui reste de la dot constituée par son premier mari : « Sic tamen ut dotem quem anterior maritus dedit, filii suis post obitum matris sine ullum consorcium sibi vendicent ac defendant : de qua dotem mater nec vendere, nec donare præsummat » (1). Ainsi donc, la dot est réservée aux enfants du premier mariage qui, après le décès de leur mère, en auront la propriété exclusive. Une question se pose : le mot dot est-il pris ici dans son sens restrictif, ou bien faut-il l'étendre aux autres donations que le mari a pu faire à sa femme en propriété, et notamment au *morgengabe*? (2). Nous croyons que l'esprit de la loi autorise à adopter cette dernière solution. (3) Hostiles aux seconds

1. Leg. Salic. capit. extravag. tit. VII : « de muliere vidua quæ ad alium maritum donare voluerit ».

2. Le *morgengabe* (don du matin, présent du lendemain des noces) était une donation faite par le mari le lendemain de la nuit nuptiale ; il est généralement considéré comme le *pretium virginitalis*. Cependant les veuves recevaient une donation analogue qui prenait le nom d'*abendgabe* (don du soir).

3. Sic. Pardessus, *op. cit.* — Loi Salique, p. 688 *in fine*. — La loi des varois le décide expressément pour l'usufruit qui a remplacé le *morgengabe* (Liv. IV, tit. 2, § 14 *in fine*), v. aussi loi des Burgondes ; tit XLII, § 2. Chez les Alamans, la veuve remariée ne peut conserver la *dotis legitima* que si elle n'a pas d'enfants du premier lit. (Lex Alam. XLV).

mariages des femmes, enclins à protéger les faibles, les Francs, comme les législateurs romains du Bas-Empire et sous les mêmes influences, devaient conserver aux enfants du premier lit tout ce que la mère tenait de la libéralité de son premier mari.

Le titre VIII^e des *Capita extravagantia* (1) a visiblement subi l'influence chrétienne. Il vise le second mariage du père et décide que celui-ci ne pourra aliéner, au préjudice de ses enfants, les biens qu'il a donnés à leur mère : « Si quis uxorem amiserit, et aliam habere voluerit, dotem quam primarie uxorem dedit, secunda ei donare non licet, sic tamen adhuc filii parvoli sunt, usque, ad perfectam ætatem res uxores anteriores vel dotis caute liceat judicare : sic vero de has nec vendere, nec donare præsummat. » Ce capitulaire de Clovis n'est guère conforme à l'esprit germanique qui, s'il se montre rigoureux pour la veuve, professe une assez grande indulgence pour le veuf, à l'endroit des seconds mariages. Ses dispositions procèdent plutôt de l'esprit chrétien. Les évêques dont l'ascendant sur nos rois de la première race devait s'accroître de jour en jour, les évêques conseillers et inspireurs de Clovis, fervent converti, ont inspiré ces mesures favorables aux enfants de premier lit. En invoquant leur intérêt, ils n'ont pas eu de peine à supprimer la différence que les coutumes germaniques établissaient entre la veuve et le mari survivant.

La loi des Ripuaires, bien que postérieure à la loi Salique et s'inspirant visiblement de celle-ci dans plusieurs

1. « De viris qui alias ducunt uxores ».

de ses dispositons, ne contient rien de relatif à notre sujet.

La loi des Wisigoths, « la moins barbare, la moins germanique des lois germaniques » (1) porte l'empreinte profonde des influences romano-chrétiennes. Dans sa première rédaction (*lex antiqua*) qui date de la fin du v^e siècle, nous trouvons une série de règles intéressantes (2).

La veuve a la tutelle de ses enfants mineurs. Si elle se remarie, elle en est déchue de plein droit : « Quod si mater alium maritum acceperit, et aliquis de filiis jam ad perfectam, id est usque ad XX annorum perveniat ætatem ; ipse juniores fratres sua tuitione defendat, et res eorum nec ab ipsis, nec ab aliis permittat everti, nec aliqua negligentia deperire... Quod si fratres ejus ætatis vel meriti non fuerint, qui defensionem suscipiant orfanorum, tunc patruus vel patruus filius tutelæ, qualem de fratribus constituimus conditionem suscipiat. Quod si nec patruus nec patruus filius qui digne tutelam suscipiant orfanorum, fuerint, tunc tutor ab aliis parentibus in præsentia judicis eligatur » (3).

Quel qu'il soit, le tuteur est responsable de sa faute et même de ses négligences dans l'administration du patrimoine du pupille qui est toujours soigneusement inventorié à son entrée en fonctions « præsentibus testibus vel propinquis de omnibus rebus quas pater reliquit ».

Si la mère se remarie *intra annum luctus*, elle doit abandonner aux enfants du premier lit la moitié de ses

1. Gide. *Condition privée de la femme*, p. 328.

2. V. Walter. *Corpus juris germanici antiqui*, t. I (Berlin ; 1821).

3. *Lex antiq. Wisigoth.* Lib. IV, tit. 3 cap. 3.

biens : « Si qua mulier, post mortem mariti sui, se alimtra annum conjunxerit, vel adulterium fecerit, medietatem rerum suarum filii sui ex priori conjugio procreati recipiant » (1).

Attend-elle, pour convoler en secondes noces, que l'an de deuil soit expiré, elle n'en perd pas moins l'usufruit qui lui est accordé sur les biens de leur père, pour une part virile : « Quod si mater ad alias nuptias forte transierit, ex ea die usufructuariam portionem quam de bonis mariti fuerit consecuta, filii inter reliquas res paternas, qui ex eo nati sunt conjugio, vindicabunt » (2).

Nous avons cru devoir reproduire ces textes *in-extenso* parce qu'ils offrent un contraste saisissant avec ceux de la loi salique, pourtant à peu près contemporaine. La langue en est presque correcte ; les dispositions qu'ils renferment semblent sorties du Code Théodosien. Les constitutions de ce Code ne tardèrent point, d'ailleurs, à passer intégralement dans la législation wisigothe avec le *Breviarium Alarici* (3).

Chez les Burgondes, la loi Gombette rédigée sous Gondebaud ou sous son fils Sigismond, rappelle les mesures prises par les lois des Wisigoths.

1. *Ibid.* Lib. III ; tit. 2 ; cap. 1.

2. *Ibid.* Lib. IV ; tit. 2 ; cap. 14.

3. Après que les Wisigoths eurent été refoulés en Espagne, les lois d'Euric et d'Alaric complétées par leurs successeurs furent rédigées et codifiées sous les règnes de Chindaswind et de Receswind (649 à 652) et restèrent longtemps le droit commun de toute la presqu'île ibérique, sous le nom de *fuero juzgo*. Le Portugal demeura soumis au *fuero juzgo* jusqu'à la proclamation de son indépendance, au XIII^e siècle.

La pure tradition germanique a cédé la place aux idées romaines. C'est ainsi qu'il n'y est plus question de *mundium*, mais de *tutela*, comme dans la *lex antiqua* d'Euric ; et cette tutelle y est dévolue à la mère : « si mater tutelam suscipere voluerit, nulla ei parentela præponatur (1) ».

La veuve qui se remarie ayant des enfants perd, au profit de ces derniers, la propriété de la dot qu'elle a reçue de son premier mari (2) mais elle en conserve l'usufruit. Le *morgengabel* lui est aussi enlevé (3) : « De morgengaba vero, quod priori lege statutum est permaneat... Ceterum, si emenso anno vel biennio maritum voluerit accipere, omnia, sicut dictum est, quæ de priori marito habuit derelinquat : pretium quod de nuptiis ejus inferendum est, accipiat... » Elle ne gardera donc que le *pretium nuptiale*.

Ces dispositions sont moins précises, moins complètes que celles de la *Lex Wisigothorum* : elles n'en procèdent pas moins du désir d'assurer la protection des enfants. Le *Papien* vint d'ailleurs compléter sur ce point la loi de Gondebaud (4).

Tant que fut en vigueur, dans les Gaules, le système de personnalité des lois, les enfants de premier lit ne se

1. Lex Burgund. ; tit. LXXXV ; § 1.

2. *Ibid.* ; tit. XXIV ; § 1 : « donationem nuptialem possideat usufructu. »

3. *Ibid.* ; tit. XLII ; § 2.

4. Lex romana Burgund., tit. XVI. Il était permis aux Burgondes de choisir entre leur loi nationale (loi Gombette) et leur lex romana (le *Papien*) V. Ginouilhac, *Hist. du rég. dotal*, pp. 225 et s.

trouvèrent point, on le voit, dénués de secours légal. Les Gallo-Romains appliquaient les dispositions du Code théodosien que nous savons si favorables aux enfants et si dures aux seconds mariages de leurs auteurs. Chez les peuples d'origine germanique, protégés par une législation moins sûre, moins savante, ces mêmes enfants trouvaient dans les mœurs un supplément de garanties. L'admirable solidarité qui caractérise la famille germaine, cette générosité envers la faiblesse physique dont on a le sentiment en lisant Tacite et Grégoire de Tours et qui perce toujours sous leur enveloppe fruste des barbares, l'intervention constante des proches dans les affaires domestiques, tout cela nous permet de supposer qu'à l'époque franque, la condition des enfants de premier lit n'était pas trop précaire.

Sans doute, le second mariage du père n'est pas aussi sévèrement réglementé que celui de la mère. Néanmoins même en ce cas les intérêts des enfants n'étaient point dépourvus de toute sauvegarde. Nous l'avons vu en étudiant les dispositions de la loi Salique. Les lois des Wisigoths et des Burgondes sont encore plus protectrices : le père remarié ne peut rien donner à sa seconde femme de la dot qu'il avait constituée à la première. Il faut que la propriété de cette dot passe aux enfants du premier lit qui en recueillent le montant intégral à titre de succession.

1. Lex Wisigoth. Liv. IV, tit. 2. Lex Burgund. tit. LXXIV ; § 3.

SECTION II

ÉPOQUE FÉODALE. — LES PREMIÈRES COUTUMES.

A partir de la fin du ix^e siècle, une réforme capitale s'accomplit dans notre droit. Un nouvel état social prend naissance auquel correspond une transformation progressive du système juridique. En même temps que la féodalité grandit, le principe de la territorialité se substitue à celui de la personnalité des lois. C'est la terre qui, hiérarchisée, personnifiée en quelque sorte, confère la puissance, les dignités et les titres : c'est aussi avec chaque terre, avec chaque région, que varient les dispositions législatives et réglementaires. Tandis que les pays du Midi continuent d'appliquer le droit écrit, c'est-à-dire le droit romain plus ou moins modifié sous des influences diverses, le Nord et le Centre se soumettent aux coutumes locales, c'est-à-dire à un ensemble de règles, de principes et de maximes juridiques, se diversifiant à l'infini dans chaque province.

Nous ne pouvons songer à passer en revue ces innombrables coutumes. Notre tâche sera de grouper suivant un ordre logique celles de leurs dispositions qui ont trait à notre sujet et de voir s'il est possible d'en extraire un ensemble de règles pouvant constituer le droit commun coutumier des enfants du premier lit. Quelle fut, d'une façon générale, la condition de ces derniers durant cette longue série des siècles du Moyen-Age ?

§ 1. — *Puissance paternelle. — Droit de Garde. — Tutelle.*

Dans les pays de coutumes, les enfants qui, à la mort

de leur père ou de leur mère, n'avaient pas atteint leur majorité, restaient, en général, confiés au survivant. Celui-ci devait pourvoir à la nourriture, à l'entretien et à l'éducation des mineurs, payer leurs dettes mobilières et acquitter les charges dues pour leurs domaines ; en récompense, il gagnait les fruits et revenus de leurs héritages, et avait l'administration ou même l'entière propriété de leurs biens meubles. Cet ensemble d'obligations et de pouvoirs constituait le *Droit de Garde*.

La garde était noble ou bourgeoise, suivant qu'il s'agissait de nobles ou de roturiers.

Profondément différent à l'origine (1), le *bail* féodal représentait aussi, néanmoins un mélange de charges et de pouvoirs sur la personne et les biens de l'enfant. Comme le fait remarquer Merlin, l'extrême variété des coutumes sur les droits de garde et de bail rend impossible une définition qui puisse s'appliquer à chacune d'elles. Nous savons cependant, qu'à l'époque de la rédaction des Coutumes, Bail et garde étaient à peu près synonymes (2).

En cas de second mariage, ces droits étaient-ils maintenus à l'ascendant qui les exerçait ?

Au début de la période féodale, la garde ou le bail finis-

1. Beaumanoir. Coutumes du Beauvoisis, cap. XV, édition Beugnot (1842). Consulter Poulet, *Origines coutumières de l'usufruit légal*, thèse Paris, 1899.

2. V. Loysel, *Institutes coutumières* : Liv. I ; tit. IV (édit. Dupin et Laboulaye, 1846) : « Bail, garde, mainbour, gouverneur, légitime administrateur, et régentant sont quasi tout un ; combien que, jadis et encore en aucuns lieux, garde se dit en ligne directe et bail en collatérale ». Cf. *Grand Coutumier de Charles VI*, Liv. II, 44, (édit. Laboulaye et Dareste 1868).

saient si peu par les seconds mariages, que la mère *bail-
iistre* ou gardienne de ses enfants, était obligée, si ces
derniers avaient « fiefs de corps », de se remarier quand
elle en était « semonse » par le seigneur suzerain (1).
« L'homme ou la femme, en se remariant une ou plusieurs
fois ne perdent point le droit de bail qu'ils ont pour leurs
enfants mineurs » dit l'art. 157 de la Coutume d'Artois (2).

Les enfants d'un premier lit restaient avec leur père

1. Tout fief devait au suzerain le service militaire (*service d'ost.*)
et le service judiciaire (*service de cour*). Les tenures roturières de-
vaient de leur côté « grans services de corps et de bras ». Or les
femmes et les enfants « *sous-âgés* » étaient incapables de fournir
ces services. Il importait donc que la veuve tenant en héritage ou
bailliage le fief ou la tenure, se remariât promptement « por qu'elle
put fere par autrui ce qu'elle ne pot fere de soi », dit le Livre de
Justice. A cette fin, dès que le « tens de plor » était écoulé, le sei-
gneur « semonsait la vassale de prendre baron », lequel baron rem-
plaçait l'époux défunt dans ses services féodaux. La veuve devait
choisir entre le remariage et la *commise*, c'est-à-dire la confiscation
de la tenure au moins jusqu'à l'époque où les enfants devenus ma-
jeurs pouvaient se faire réinvestir par le suzerain des droits de leur
père défunt. Cette règle qui peut sembler rigoureuse mais qui dé-
coulait logiquement du système féodal ne disparut qu'avec la déca-
dence de ce dernier au xiv^e siècle. Elle fut supprimée en Angleterre
par la Grande charte de 1215. V. *Assises de Jérusalem* (édition Beu-
gnot 1841), chap. 187. — *Grand coutumier de Charles VI*, *loc. cit.*,
29 et 41. Si les enfants n'avaient pas de fiefs, la mère restait gar-
dienne, mais il convenait que son mari « baillât caution de la som-
me des biens meubles restituer, pour ce qu'il est du tout estrange ».

L'ancien coutumier d'Artois composé à la fin du xiii^e siècle ren-
ferme déjà de semblables dispositions (tit. XXIX, 7).

2. Les coutumes de Bourgogne et de Chaumont s'expriment en
termes analogues.

remarié et sa seconde femme. La mère qui avait convolé à de secondes noces demeurait aussi *baillistre*, à moins que la puissance paternelle ne fût, comme dans la coutume de Liège (1), déléguée au parâtre (2).

Cependant, au cas où le second mariage de leur père ou de leur mère causait aux enfants un préjudice mani-

1. *Coutume de Liège* ; I, 7, cf. Etablissements de St-Louis (édit. Viollet). Liv. I. tit. 19.

2. Les inconvénients qui peuvent résulter pour les enfants de premier lit d'une telle situation, n'avaient point échappé à nos vieux coutumiers.

Beaumanoir donne à ce sujet des développements intéressants que nous regrettons de ne pouvoir reproduire *in-extenso* :

« Aucune fois muevent li contens en mariage par le haine que li
« parrastre et les marrastres ont envers lor fillastres et quand le
« femme veut lessier l'omme par la haine des enfans, li hons doit
« moult regarder lequele partie a le tort ou si l'enfant, ou si le
« marrastre... et s'il voit que le marrastre soit malvèse contre les
« enfans, et non par lor meffet, l'amor qu'il en a vers ses enfans ne
« l'en doit fors croistre ; car le doit resovenir l'amor qu'ils perdirent
« quand il perdirent lor mère ; doncques, en tel cas doit reprendre
« cortoisement sa feme qu'elle ayt et honort ses enfans, et s'ele ne
« veut, li maris l'en forcent à l'avenant, et tieignent ses enfans
« entor soi tant qu'il les ait porveus si comme prodons doit faire, ne
« jà qu'il le lait par le marrastre.

« Ce que nous avons dit des marrastres qui heent lor fillastres ne
« poons-noz pas dire des parrastres qui héent lor fillastres, car les
« femes n'ont pooir de fere de lor enfans malgré lors maris qui sont
« lor parrastres si comme li pères fait de ses enfans malgré lor
« marrastre... Si le haine du mari est sans le coulpe des enfans, il
« ne fet pas bien ; mais toutesvoies convient qu'ils wident s'il le
« plaist, car le mère ne les peut tenir contre se volenté ».

Cout. de Beauvoisis, cap. LVII, n^{os} 7 et 8.

festes, ils pouvaient être confiés à une tierce personne. « ... Quant li enfant n'ont fors père ou mère, et li père ou la mère se marie, si que li enfant ont parastre ou marrastre, et il est clere coze et aperte que li parrastre ou le marrastre mainent malvese vie as enfants ou qu'il lor monstre sanllant de hayne ; en tel cas, li enfants doivent estre ostés de lor main, hors du pooir au parrastre ou à le marrastre » (1).

Dans d'autres coutumes (2), la mère ou l'aïeule remariée perd la garde, tandis que le père ou l'aïeul la conserve : « la mère — dit Laurière (3) — passant par son second mariage, en la puissance de son nouveau mari, il serait périlleux, pour les enfants du premier lit de confier l'administration de leurs biens à un étranger ». Semblable danger n'est pas à craindre quand c'est le père qui se remarie.

Mais, dans la plupart des pays coutumiers (4), on ne distingue pas entre le père et la mère : dans tous les cas les secondes noces mettent fin au droit de garde, et Loy-

1. Beaumanoir, *loc. cit.*, cap. XXI, 15.

2. Coutumes de Loudun (art. 29) ; de la Marche (art. 81) ; de Meun (art. 285), de Montargis (art. 30), de Péronne (art. 230), du Grand-Perche (art. 268), de Sedan (art. 151), de Troyes (art. 339), de Blois (chap. II art. 9). — « Et mariage tost-il bail? Nenil en home; en feme, oïl » dit le *Livre de Justice et Plet* X, 23.

3. *Institutes coutumières de Loysel* éditées et annotées par Laurière, 1783, t. I, p. 249.

4. V. notamment les coutumes de Paris (art. 268), de Calais (art. 130), de Clermont (art. 172), d'Etampes (art. 89), de Meaux (art. 152) d'Anjou (art. 85), du Maine (art. 98), de Chartres (art. 106), de Troyes (art. 17), de Vermandois (art. 261).

sel, au xvi^e siècle peut formuler comme règle quasi générale que « Bail ou garde se perd...quand le gardien se remarie » (1).

A l'origine, la tutelle se confondait avec les droits de bail et de garde : « Il y en a, (des coutumes) dit Eusèbe de Laurière, où le baillistre et gardien est aussi tuteur, et est tenu de poursuivre toutes actions pour celui qui est en sa garde, comme à Melun et à Dourdan ».

Toutefois, quelques coutumes établirent d'assez bonne heure pour les enfants une véritable tutelle tantôt légitime, tantôt testamentaire, qui est exercée par le survivant des père et mère (2). Cette tutelle leur est-elle conservée en cas de second mariage ? On ne saurait répondre d'une façon absolue : en général les secondes noces n'avaient point d'influence sur la tutelle gérée par le père ; au contraire, la mère tutrice qui se remariait perdait le plus souvent sa fonction.

Nous aurons à examiner cette question de la tutelle des enfants de premier lit d'une façon plus complète et plus documentée, à l'époque où nous la trouverons régulièrement organisée, c'est-à-dire après la rédaction des coutumes, dans le dernier état de l'ancien droit.

Des textes assez confus et quelquefois contradictoires qu'il nous a été permis d'examiner, nous ne pouvons tirer

1. Loysel. *Instit. coutum.* Liv. I ; tit. IV, 22.

2. Nous citerons les coutumes du Nivernais et d'Auxerre ; dans une charte orléanaise de 1279, il est parlé des « *tutoresseu curatores* » des mineurs (cartul. de Ste Euverte. — V. Viollet. *Etablissements de Saint-Louis*, t. I, p. 156. (Cf. Très ancienne coutume de Bretagne n. 68 (édit. Planiol).

de données très précises. L'on est, cependant, frappé de rencontrer dans toutes nos coutumes une sollicitude plus ou moins apparente, plus ou moins éclairée, mais toujours réelle pour ces déshérités, ces faibles par excellence que sont les enfants de premier lit. C'est que, à cette époque du Moyen-Age, l'influence bienfaisante de l'Eglise pénètre les mœurs et les lois. Les décrétales des papes, les décisions des conciles passent quelquefois tout entières dans la législation des provinces françaises; or l'esprit de ces décisions, nous le connaissons déjà: c'est l'esprit que nous avons vu dicter les constitutions *Hac Edictali et Generaliter* sous la préoccupation constante de l'intérêt des enfants.

Dans l'ancien Coutumier de Normandie, dont la rédaction remonte au début du XIII^e siècle, nous trouvons un passage caractéristique: il signale les dangers que peuvent avoir à redouter les enfants d'un premier mariage et s'empresse d'y parer de la façon qu'il croit la plus efficace. « Qui gardera l'oir orfelin que il covient estre en autrui garde? la mère ne le gardera pas. Pourquoi? par ce que, se elle prenoit mari et en avoit enfanz, li enfanz por la convoitise de l'éritage, occirroient leur einzné frère, et seroient oirs, ou li mariz meismes occirroit son fillastre por donner à ses filz l'éritage. Qui le gardera donc? Le garderont si cosin? Nanil. Pourquoi? Que il ne béent par aventure à sa mort et covoient son éritage, et, por ce, qu'ils occient l'innocent. Por oster donc tel desléauté et por eschiver tel cruelté, fu-il establi que li orfelins soit en la garde à celui à qui ses pères étoient liez par homage. Qui est cil? ce est li sires de la terre... Et comment

peuvent li seigneur haïr ceux que ils ont norri ? » (1)

Voilà une disposition exceptionnelle ; au lieu d'être, comme dans la plupart des coutumes, confié à sa mère demeurée veuve, l'enfant, dès la mort de son père, est remis au suzerain qui sera à la fois gardien de sa personne et baillistre et tuteur. Protégé par lui, il n'aura rien à craindre d'un parâtre ou de frères consanguins ; il échappera à leur rapacité dont le Coutumier normand nous fait un tableau assez noir.

Il nous reste à examiner comment, dans la France du Moyen-Age, étaient protégés les intérêts pécuniaires des enfants de premier lit.

§ 2. — *Protection des intérêts pécuniaires des enfants de premier lit.*

A la mort de l'un des époux, il était rare que l'on procédât à un partage immédiat de la succession (2) : le plus souvent, il y avait continuation de la communauté, de la « compagnie » entre le survivant et les enfants (3). Si le veuf ou la veuve convolait en secondes noces, la communauté n'était point dissoute de ce fait, comme on pourrait le croire : le second conjoint venait, au contraire, s'y associer et l'indivision se compliquait ainsi d'un troisième intérêt mis en jeu (4). Comment se trouvaient sauvegardés, dans

1. *Etablissements et Coutumes, Assises et Arrêts de l'Echiquier de Normandie de 1207 à 1245* (édit. Marnier ; p. 11).

2. Surtout quand il s'agissait de non nobles, roturiers, « gens de poeste ».

3. Beaumanoir, *loc. cit.* cap. XXI, 8.

4. *Grand Coutumier de Charles VI* ; II, 11.

cette confusion, le patrimoine et les droits successoraux des enfants héritiers du premier époux ? Quels biens étaient-ils appelés à recueillir à la liquidation finale ? Par quelles mesures leur était garantie l'intégralité de leur part ? Voilà ce que nous tâcherons d'élucider.

I

Le principe généralement suivi au Moyen-Age est celui-ci : « Toutes les choses assemblées dou premier mariage sont as premiers enfanz » (1). Outre le patrimoine de leur auteur décédé, les enfants recueilleront les gains et bénéfices réalisés durant mariage : « les conquez que aucun fet et sa femme sont à enfanz de celui mariage..... et d'escheetes aussi, cela vaie de meisme qu'est devant dit » (2).

Le douaire que le mari constituait à sa femme « devant la porte du moustier » fut de bonne heure déclaré transmissible et même acquis de plein droit aux enfants (3). Cette libéralité issue des coutumes germaniques du *morgengabe* et de la *dos ex marito* varia, suivant les époques et suivant les régions, de nature et de quotité (4) ;

1. *Li Livres de Jostice et de Plei* (édit. Rapetti) Liv. X, tit. 21.

2. *Ibid.* Liv. XII, tit. 6.

3. « La femme emportera première do patrimoine à l'home la moitié par son doère, et ce sera patrimoine às enfanz. » (*Jostice et Plei*. Liv. XII, tit. 21). V. aussi Pierre de Fontaines, *Conseil à un ami*, cap. 24, 18 (édit. Marnier 1846).

4. Les textes des IX^e, X^e et XI^e siècles nous représentent la douairière comme propriétaire des biens sur lesquels porte son droit. L'on arriva progressivement à ne lui reconnaître qu'un simple droit d'usufruit.

mais de tout temps les biens sur lesquels il portait furent rendus indisponibles entre les mains du mari. Quand ce dernier devenait veuf, sa seconde femme ne pouvait plus être *douée* que de la moitié du surplus de son patrimoine. Au XIII^e siècle, le douaire absorbant la moitié des biens du mari, la seconde femme ne pouvait donc recevoir que le quart de l'actif total de celui-ci, « et cil doères sera patremoine as enfanz de segont mariage » (1).

Le douaire de leur mère constitue, de la sorte, aux enfants du premier lit une sorte de réserve qu'ils sont appelés à prélever dès le jour de sa mort. Dans l'hypothèse inverse de celle que nous venons d'examiner, c'est-à-dire quand, le père étant prédécédé, c'est sa veuve qui convole à de secondes noces, conservera-t-elle son douaire intact ? Nous avons vu que le second mariage de la femme, à l'époque barbare, lui faisait perdre son *morgengabe*, au moins dans quelques lois germaniques : à l'époque féodale, la règle est toute autre : « Femme se remariant, dit Loy-sel, ne doit perdre son douaire, mais est tenue en bailler bonne et suffisante caution » (2),

Ce principe qui persista et que nous retrouvons jusque dans les dernières rédactions des coutumes, souffre, néanmoins quelques exceptions.

En Bretagne, la veuve perdait son douaire, si elle se remariait avec son domestique, plus rigoureuse encore, l'usage de Rohan le lui faisait perdre dans tous les cas sur les domaines congéables de son premier mari.

1. *Jostice et Plet loc. cit.*, Liv. XII, tit. 6. Beaumanoir, cap. XIII.

2. Ancien Coutumier de Picardie (éd. Marnier) p. 154.

2. *Institutes coutumières* ; I, 3, 40 (règle 175).

Boutillier nous apprend(1) que, dans certaines coutumes du Nord, la veuve roturière obtenait, sous le nom de *vivelotte* la jouissance de tous les biens que son mari tenait en censive (coterie). C'était une sorte de douaire coutumier spécial à la Flandre, à l'Artois et à la Picardie. Si la femme ainsi *douée* se remariait ayant des enfants du premier lit, elle perdrait la moitié de cet usufruit.

Enfin, à Metz, la mère qui convolait à de secondes noces devait restituer aux enfants de son premier mariage le tiers de son douaire.

Certains pays coutumiers reconnaissaient un véritable droit de viduité au profit du mari survivant, sur l'apport de sa femme. D'après l'ancienne coutume de Normandie, notamment, (2) le veuf avait un droit de jouissance viagère sur toutes les terres qu'il tenait au nom de sa femme au moment où celle-ci était morte, à la seule condition qu'il fût né un enfant du mariage. Ce droit disparaissait au profit des *hoirs* de la femme, si son titulaire contractait une nouvelle union.

Le douaire préfix ou conventionnel pouvait aussi être stipulé, lors du mariage, au profit des enfants à naître. Dans quelques régions, ce douaire des enfants existait même de droit, soit à la mort de la mère survivante, soit à la mort du père : il persista dans la coutume de Paris,

1. *Somme rurale* ; I, 98.

2. Anc. cout. de Normandie, cap. 119. Cf. *Établissements de Saint-Louis*. (Liv. I, chap. XIII) : la coutume de Touraine-Anjou accordait au mari noble un droit d'usufruit sur l'apport de la femme, à des conditions analogues.

mais ne tarda point à tomber en désuétude dans la plupart des provinces lorsque la légitime du droit romain, s'introduit dans la communauté.

II

Les enfants du premier lit n'avaient pas, en général, à redouter, que leurs parents ne se fissent pendant le mariage, des libéralités excessives. *Durante matrimonio*, le don mutuel, seul était autorisé et, le plus souvent sous la condition absolue qu'il n'existât point d'enfants. La coutume de Normandie le prohibait même rigoureusement dans tous les cas (1). Ailleurs, en Auvergne, par exemple, il était impossible parce qu'il ne pouvait être réciproque : la coutume, en effet, permettait bien au mari de donner à sa femme, mais celle-ci ne pouvait lui faire aucune libéralité.

Les coutumes qui admettaient le don mutuel malgré l'existence d'enfants (2), le déclaraient révocable en cas de secondes noces.

Dans quelques provinces du Nord-Est de la France les enfants de premier lit jouissaient d'une situation exceptionnellement favorable, sous le nom de *Droit de dévolution*. A la mort de l'un des époux, s'il y avait des enfants, les biens du survivant étaient affectés par préfé-

1. Cout. de Normandie, art. 40. C'est là une disposition très particulière : dans toutes les autres régions le don mutuel est en usage de toute antiquité ; nous le trouvons déjà dans les formules de Marculfe (I, 12) sous le nom de *Interdonatio*.

2. Coutumes de Bretagne, du Maine et de Châteauneuf.

rence à ceux-ci, à l'exclusion de ceux qui auraient pu naître d'une union subséquente. Le veuf ou la veuve ne conservait que l'usufruit de ses propres biens ; il ne pouvait en disposer, la propriété s'en trouvant « bridée » entre ses mains par suite de l'obligation qui le frappait de les conserver intacts aux enfants de son premier mariage. Étaient soumis à la dévolution tous les immeubles, fiefs ou censives, propres ou acquêts que le survivant des époux avait possédés avant ou pendant son mariage, c'est-à-dire la presque totalité du patrimoine du survivant, à cette époque où la fortune mobilière avait une si minime importance.

Voilà une mesure de protection bien radicale, exagérée même, en faveur des enfants de premier lit. Mais, nous le répétons, ces règles d'origine allemande, sont loin d'être générales (1). Tout le Centre, tout l'Ouest, et

1. Le droit de dévolution était appliqué dans le Brabant, le Limbourg et la Gueldre ; dans les coutumes du Hainaut (chap. 94 art. 8) de Liège art. 123) d'Arras (art. 10, 12 et 14) du bailliage de Bapaume (art. 23 et 25) et du pays de Lalœu (art. 28 et 32). Il était aussi connu dans quelques villes d'Alsace, Colmar, Landau, Munster, Schlestadt, Turkheim, mais il produisait des effets un peu différents.

On sait que ces dispositions coutumières persistèrent longtemps dans les provinces où elles étaient admises et furent invoquées par la France en 1665 dans une question de droit public et politique. A la mort du roi d'Espagne, Philippe IV, Louis XIV se fonda sur le droit de dévolution pour réclamer, du chef de sa femme Marie-Thérèse le Brabant, le Hainaut et la Flandre espagnole où ce droit était en vigueur. La reine Marie-Thérèse, en effet, était née du premier mariage de Philippe IV et devait, disait-on, recueillir seule, en cette qualité, les provinces du nord, dépendant de la couronne d'Espagne.

le Midi de la France ont ignoré le droit de dévolution. Les pays de droit écrit, nous le verrons, appliquaient dès longtemps les principes du Code Théodosien, mais, dans la grande majorité des coutumes, il était loisible au père ou à la mère qui se rémariaient de frustrer les enfants issus de leur première union. S'il ne pouvait avantager son second conjoint *durante matrimonio* aucune restriction n'était apportée au droit commun pour les libéralités faites avant le mariage, pour les avantages résultant de telle ou telle combinaison matrimoniale. Vers la fin du Moyen-Age, quand allèrent en s'affaiblissant la rigidité chrétienne des mœurs, la solidarité familiale, le culte du souvenir des morts, l'on vit se produire des scandales.

Pour se faire pardonner l'existence de leurs enfants, des veuves éperdument éprises de quelque galant d'ame-ret ne craignirent point de sacrifier leur devoir de mères à l'objet de leur passion et d'acheter un second mariage au prix de libéralités excessives.

C'est une aventure de ce genre, demeurée célèbre dans les annales judiciaires, qui attira, au xvi^e siècle, l'attention des pouvoirs publics sur la situation des enfants de premier lit. L'autorité royale, alors affermie, dut intervenir pour sauvegarder leurs intérêts en empêchant qu'on ne les dépouillât complètement au profit de leur futur parâtre.

en vertu des coutumes de cette région qui excluaient le fils du second lit, Charles II. Ces prétentions repoussées par les Espagnols amenèrent la guerre de 1667 que termina le traité d'Aix-la-Chapelle.

CHAPITRE II

L'Edit de Secondes Noces et l'Ordonnance de Blois.

En 1560, une dame Anne d'Aligre, veuve et mère de sept enfants réussit à se faire épouser en secondes noccs par un jeune gentilhomme, messire Georges de Clermont : une donation considérable fut le prix de cette union désassortie. Par son contrat de mariage, la veuve assurait à son second conjoint la moitié de sa fortune, ne laissant à chaque enfant que la quatorzième partie de ses biens. Ce scandaleux événement soulevant la réprobation universelle, l'austère Michel de l'Hospital, tout récemment élevé à la dignité de chancelier, profita de l'occasion pour proposer à l'agrément de François II une loi protectrice des intérêts des enfants du premier lit. Ces dispositions empruntées au droit romain du Bas-Empire furent enregistrées le 5 août 1560 sous le titre d' « Edit sur les Secondes Noces et sur les donations y relatives » (1).

Ce n'est guère qu'aux donations faites avant le mariage que pouvait s'appliquer l'Edit ; car après le mariage, il y avait la défense beaucoup plus complète dont nous avons

1. Donné à Fontainebleau ; juillet 1560 ; reg. au parlement le 5 août. V. Isambert, Decrusy et Taillandier ; *Recueil général des Anciennes lois françaises*, 1829, tome XIV ; n. 30.

parlé. Il n'atteignait point le don mutuel, seul permis d'ailleurs, qui supposait presque toujours l'absence d'enfants et consistait, le plus souvent, en usufruit ; cependant, il avait une véritable application pendant le mariage dans les pays de droit écrit et dans les pays coutumiers où, comme en Auvergne, les libéralités entre époux n'étaient pas absolument défendues.

L'Edit des Secondes noces comprend deux chefs distincts que nous étudierons successivement : le premier reproduit les dispositions essentielles de la loi *Hac Edictali* ; le second, qui s'inspire des constitutions *Feminæ* et *Generaliter* reçut une extension remarquable dans les Coutumes de Paris et d'Orléans. Enfin, une disposition législative à peu près contemporaine, l'Ordonnance de Blois (1) contient une mesure favorable aux enfants, que nous ne saurions omettre : elle fera l'objet d'un troisième paragraphe.

SECTION I

PREMIER CHEF DE L'EDIT

Voici le texte du premier chef de l'Edit de 1560, avec le préambule qui mérite d'être cité :

« Comme les femmes veuves ayans enfant ou enfans soient
« souvent invitées à nouvelles nopces, et non cognoissans
« estre recherchées plus pour leurs biens que pour leurs
« personnes, elles abandonnent leurs biens à leurs nouveaux

1. Ordonnance rendue par Henri III en 1579, à la suite des Etats de Blois, art. 182.

« marys, et sous prétexte et faveur de mariage, leur font
« donations immenses, mettans en oubly le devoir de
« nature envers leurs enfans, de l'amour desquels tant s'en
« faut qu'elles se dussent esloingner par la mort des pères,
« que les voyans destituez du secours et ayde de leurs
« pères, elles devraient par tous moyens s'exercer à leur
« faire le double office de père et de mère : desquelles
« donations, outre les querelles et divisions d'entre les
« mères et les enfans, s'ensuit la désolation des bonnes
« familles, et conséquemment, diminution de la force de
« l'état publique : à quoy les anciens empereurs zélateurs
« de la police, repos et tranquillité de leurs sujets, ont
« voulu pourvoir par plusieurs bonnes loix et constitutions
« sur ce par eux faites. Et nous, pour la mesme considéra-
« tion et entendans l'infirmité du sexe, avons loué et
« approuvé icelles constitutions.

« Et en ce faisant, ... statuons et ordonnons que femmes
« veuves ayant enfans ou enfans de leur enfans, si elles
« passent à nouvelles noces, ne peuvent et ne pourront, en
« quelque façon que ce soit, donner de leurs biens, meublés,
« acquests ou propres à leurs nouveaux marys, père, mère
« ou enfans des dits marys ou autres personnes qu'on
« puisse présumer estre par dol ou fraude interposées, plus
« qu'à l'un de leurs enfans ou enfans de leurs enfans, les
« donations par elles faites à leurs nouveaux mary seront
« réduites et mesurées à la raison de celui des enfans qui
« en aura le moins.... Toutefois, n'entendons par ce pré-
« sent nostre édics, bailler aux dites femmes plus de pou-
« voir et liberté de donner et disposer de leurs biens qu'il
« ne leur loist par les coutumes des pays esquelles par

« ces présentes n'est dérogé, en tant qu'elles restraignent
« plus avant la libéralité des dites femmes ».

Nous examinerons, dans un premier paragraphe, à
quels biens et à quelles personnes s'appliquait la prohibi-
tion de ce premier chef de l'Edit ; nous verrons, en second
lieu, de quelle façon le législateur a voulu sanctionner
la règle qu'il pose.

§ 1. — *Champ d'application de la règle introduite par
le premier chef de l'Edit.*

I

A la différence de la loi *Hac Edictali* qui statuait, nous
l'avons vu, pour les veufs comme pour les veuves, le tex-
te de notre Edit ne vise que les femmes « ayant enfants
ou enfants de leurs enfants » : c'est en considération de
« l'infirmité du sexe » que l'autorité royale a voulu refré-
ner de trop faciles abus.

Cependant, la jurisprudence des Parlements encoura-
gée par de nombreux suffrages dans la doctrine n'e tar-
da pas à étendre aux veufs cette disposition si nettement
exclusive (1). Il est assez malaisé de justifier cette ex-
tension autrement que par des considérations d'équité. Le
texte, en effet, est formel dans le sens restrictif et si
l'on veut, malgré tout, l'étendre par interprétation, on se
heurte, dit-on, au principe : *pœnalia non sunt extendenda*.

1. Arrêt de règlement du 18 juillet 1587. V. Pothier ; *Contrat de mariage* ; VII^e part. n. 337, Brodeau cite dans le même sens un
arrêt du 13 juillet 1577 confirmé par un autre arrêt « donné en ro-
bes rouges » du 23 mai 1586.

Les veufs, dit Ricard, n'ont pas à se plaindre, « attendu que cette prohibition ne les regarde qu'autant qu'ils témoignent autant de faiblesse que les femmes (1) ».

Ce n'est point là une raison juridique convaincante. Il vaut mieux dire, avec Pothier, (2) que l'on se méprendrait, en voyant dans l'Edit une loi pénale assujettie comme telle à l'interprétation restrictive : c'est bien plutôt une mesure de faveur une protection pour les enfants du premier mariage. D'ailleurs, le préambule que nous avons cité, se réfère à la constitution de Léon et Anthémius, en l'approuvant sans réserve : or, on sait que cette loi comprend expressément dans sa disposition, l'homme qui se remarie. Il semble donc permis de combler à l'aide de la loi romaine la lacune de l'Edit de François II.

Ce fut ce dernier système qui triompha, en dépit de la résistance de juristes éminents tels que Pasquier : « Tous les arrêts rapportés par Chopin, Mornac et Bacquet — nous dit Pothier — ont jugé que le premier chef de de l'Edit avait lieu à l'égard des hommes qui se remariaient, de même qu'à l'égard des femmes, et cela n'est plus révoqué en doute. » A la fin du XVIII^e siècle, Boucher d'Argis nous tient un langage analogue.

Ainsi donc se trouve sous le coup de la prohibition du premier chef de l'Edit tout conjoint veuf « ayant enfant ou enfant de ses enfants. » La prohibition s'applique de même à la veuve enceinte, et au veuf et à la veuve dont la bru est enceinte d'un posthume par application du

1. *Traité des Donations*, chap. IX.

2. *Loc. cit.*, *in fine*.

principe : « Qui in utero est jam pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur. » (1).

Il nous faut maintenant rechercher à quelle catégorie de personnes il était interdit de faire une libéralité excédant le disponible.

Ce sont, suivant l'Edit, le nouvel époux et les personnes que le législateur présume interposées en sa faveur, à savoir, son père, sa mère et ses enfants (2). Faut-il, avec Pothier (3), comprendre dans cette présomption légale toute la ligne ascendante et descendante du nouveau conjoint? Nous ne croyons pas : en matière de présomption légale, il est au moins arbitraire de sortir des termes exprès de la loi. D'autre part, le célèbre jurisconsulte se fonde, pour autoriser l'extension qu'il propose, sur deux textes du Digeste (4) où les mots *parens* et *pater* comprennent les ascendants de tous degrés. Or, l'autorité des lois romaines ne saurait être admise en notre espèce, en matière de présomptions légales d'interposition de personnes : nous savons en effet que le droit romain n'a point connu semblable théorie. Les ascendants et bien d'autres, d'ailleurs, pourront, sans doute, jouer le rôle de personnes interposées : mais, relativement à eux,

1. Pothier, *op. cit.*, n. 535.

2. Il ne s'agit pas, bien entendu, des enfants communs, mais de ceux que le nouvel époux aurait eus lui-même d'un précédent mariage. Cf. art. 283 de la Coutume de Paris.

3. Pothier, *op. cit.*, n. 539. V. Boissonade ; *Histoire des droits de l'époux survivant* p. 297. Merlin ; *Répertoire de jurisprudence v Noces* (secondes) § IV, art. 1.

4. L. 51 et 201 Dig. Liv. L. ; tit. XVI ; de *Verb. signific.*

il n'y a rien de présumé, de « prouvé d'avance » ; la preuve de l'interposition incombe aux intéressés, c'est-à-dire aux enfants du premier lit.

Il est évident qu'après la mort de ces derniers sans postérité, ou après la dissolution du nouveau mariage, la prohibition de l'Edit se trouvait levée par le fait même, et toutes les personnes que nous venons d'énumérer pouvaient être gratifiées. Dans les deux cas, la prohibition perdait toute raison d'être.

II

Quelles sont les libéralités visées par le premier chef de l'Edit (1)? Les termes mêmes dont il use ne peuvent laisser aucun doute pour ce qui concerne les donations directes de meubles, acquêts ou propres. « Tous les dons et avantages qu'une femme fait à ses second et ultérieur mari et un homme à ses seconde et ultérieure femmes, nous dit Pothier, sont sujets à la réduction de l'Edit : les donations rémunératoires y sont sujettes aussi bien que les donations simples, quelque grands et signalés que soient les services, lorsque ce sont des services qui, par leur nature ou par la qualité de la personne qui les a rendus, ne sont pas appréciables à prix d'argent ».

On s'est demandé s'il fallait excepter les donations réciproques et d'égale valeur dépendant d'une condition purement casuelle et fortuite telle que la condition de survie

1. V. Lebrun; *Traité de la Communauté* ; Liv. III ; ch. II ; sect. V ; *dist.* VI. Pothier, *loc. cit.* n^{os} 533 et suiv. Boissonade ; *op. cit.* Liv. II. Appendice aux chap. V et VI.

il semble en effet que ces conventions participent plutôt de la nature des contrats aléatoires que de celle des donations proprement dites. Si elles peuvent faire courir quelques risques aux enfants du premier lit, ces derniers en sont indemnisés, dit-on, par l'espérance de profiter des biens du second conjoint, dans le cas où leur auteur lui survivrait et recueillerait, par conséquent, le bénéfice du gain de survie.

La jurisprudence ne tarda pas à se fixer dans l'arrêt solennel de mai 1586. Il fut décidé que la donation même mutuelle et égale, était sujette à retranchement (1). Cette solution est plus conforme à la lettre et à l'esprit de l'Edit de 1560; Ricard (2) et Pothier le font très clairement ressortir. Les termes dont se sert le législateur sont en effet, des plus généraux et des plus compréhensifs. Les époux ne pourront « en quelque façon que ce soit, donner... etc. » Ces expressions visent bien toutes espèces de donations, « les mutuelles aussi bien que les autres » (3). Quant à l'argument qui voudrait faire rentrer les donations réciproques dans la classe des contrats aléatoires, il ne résiste pas à un examen sérieux. Ce qui donne à une libéralité son caractère, c'est l'intention de bienfaisance, *l'animus donandi*. Est-ce que cet *animus donandi* doit forcément disparaître parce qu'il existe simultanément et au même degré chez les deux futurs époux? D'autre part, les motifs qui ont inspiré l'Edit, motifs qui nous

1. V. cependant un arrêt du parlement de Bretagne de février 1631 qui décide le contraire. — Merlin; *Répertoire*, *loc. cit.* § IV, art. II.

2. *Traité des Donations*, *op. cit.*; III^e part. ch. IX, sect. 13.

3. Pothier, *loc. cit.*, n. 546.

apparaissent fort nettement exposés dans le préambule, sont invoqués avec juste raison par la théorie jurisprudentielle.

Ce qu'il importe d'éviter, c'est que les enfants soient spoliés par les donations excessives de leur auteur remarié à son nouveau conjoint; or, une donation réciproque les dépouilles aussi bien qu'une donation simple dans le cas où c'est leur auteur qui précède; on objecterait en vain qu'ils courent la chance inverse et que cela leur doit être une compensation suffisante (1).

Nous pouvons donc poser en principe que toute donation directe tombe de plein droit sous l'application du premier chef de l'Edit. En est-il de même des libéralités indirectes, comme des avantages résultant des conventions matrimoniales? Bien que ces conventions fussent en général regardées comme étant à titre onéreux, une exception était faite pour le cas de secondes noces et les auteurs assimilent aux donations les avantages indirects résultant pour un conjoint de son mariage avec un veuf.

Pour ceux qui ont leur source dans une communauté conventionnelle, tels que le préciput conventionnel, la so-

1. Pothier, *loc. cit.*, n. 546, 2^e : « Tout le monde condamne l'imprudence des gros joueurs, qui exposent au hasard du jeu les biens qui leur sont nécessaires pour leur subsistance, quoiqu'en jouant, ils aient l'espérance de gagner autant que ce qu'ils risquent de perdre : par la même raison, on doit condamner et réprimer l'imprudence d'une mère qui, par ses donations mutuelles, expose les enfants de son précédent mariage à être réduits à l'indigence, nonobstant l'espérance qu'elle leur procure de gagner autant que ce qu'ils courent risque de perdre ».

lution s'impose sans réserve et s'explique d'elle-même.

Une difficulté se présente, au contraire, s'il s'agit d'avantages résultant de la communauté légale; régime de droit commun des pays coutumiers. L'époux qui se remarie fait un apport supérieur à celui de son conjoint; ou bien une succession mobilière vient à lui échoir pendant le mariage sans doute, dans ces hypothèses, la communauté se trouve grossie de son chef, et par là même la part du nouvel époux s'accroît proportionnellement. Mais peut-on assimiler à une donation ce profit quasi-fortuit. Comme le fait remarquer Pothier (1) il n'y a rien là qui soit le fait de l'époux remarié : la communauté d'une succession de ce genre ne peut constituer un avantage prohibé. Ainsi, aux yeux des auteurs et de la jurisprudence, une succession mobilière tombant dans la communauté au cours du mariage n'est point considérée comme devant tomber sous l'application du premier chef de l'Edit; au contraire, l'avantage résultant de l'inégalité des apports mobiliers au profit du nouvel époux sera sujet à la réduction. Cette distinction qui peut paraître subtile (2) ne semble pas avoir été critiquée dans notre ancien droit.

Nous n'avons pas à nous occuper du douaire, qui ne fut jamais considéré comme un avantage, mais bien comme l'acquittement d'une dette de mariage; cela est vrai du douaire *préfix* comme du douaire *coutumier*, du moins tant que les conventions des parties ne dépassaient point la quotité fixée pour ce dernier. Le douaire convention-

1. *Op. cit.*, n. 553. Arrêt du 25 juin 1703; en ce sens v. aussi Lebrun, *loc. cit.* dist. VI n. 14.

2. V. Boissonade, *op. cit.* p. 299 *in fine*.

nel n'était réductible que pour la portion excédant le douaire coutumier. Deux arrêts solennels n'avaient pas eu de peine à fixer la jurisprudence à cet égard (1) Ricard, qui cite ces arrêts, émet à leur propos une opinion assez singulière : d'après lui, une femme d'une condition inférieure à celle de son mari se serait trouvée avantagée contrairement à l'Edit, si son mari l'épousant en secondes noces, n'avait pas restreint pour elle le douaire coutumier : *in tantum ei donasse videtur, quantum quum adimere posset, non ademit* (2). « Pothier dit M. Boissonade (3), repousse avec grande raison cette manière de voir... Une telle distinction sur la condition de la femme répugne à l'égalité que le mariage doit établir entre les époux et surtout elle était contraire au but du douaire, qui était justement de permettre à la veuve de soutenir l'honneur et le rang de la maison du mari ; or, si elle était pauvre, le douaire ne lui en était que plus nécessaire pour cette fin ».

III

Nous avons vu successivement à quelles catégories de bénéficiaires et à quelles sortes de libéralités s'appliquait la prohibition du premier chef de l'Edit des secondes noces : il nous reste à examiner quelle était la portion des biens laissée libre entre les mains du père ou de la mère qui se remarie.

1. Arrêts du 18 juillet 1615 et du 10 juillet 1656. V. Ricard. *Traité des Donations*, III^e part. ch. 9, n. 1220.

2. Pothier, *op. cit.*, n. 557.

3. *Histoire des droits de l'époux survivant*, *op. cit.* p. 390.

Cette quotité disponible au profit du nouvel époux ne peut être supérieure à la part de l'enfant le moins prenant. Si, donc, nous nous plaçons dans l'hypothèse simple d'un patrimoine divisible par portions égales entre les enfants, le nouvel époux, comptant pour un enfant de plus, aura droit à une part virile : une veuve mère de quatre enfants et possédant une fortune de 100.000 livres se remarie ; normalement elle pourra disposer en faveur de son second conjoint de 20.000 livres, soit $\frac{100.000}{4 + 1}$. Mais la question se complique le plus souvent. Les descendants du veuf donateur ne seront pas toujours du premier degré ; dans ce cas, le partage se faisant par souches, le nouvel époux pourra recevoir une part égale à celle de chaque souche : ainsi, en restant dans l'hypothèse que nous venons d'examiner, si nous supposons que l'un des enfants de premier lit meure, laissant lui-même des enfants, la quotité disponible en faveur du parâtre ne se trouve point modifiée. La difficulté augmente dans le cas où il ne reste au veuf remarié que des petits-enfants nés d'un fils unique prédécédé. Il n'y a pas lieu, alors, à partage par souches, et il semble bien que le disponible doive être réduit à une part de petit-enfant. C'est, d'ailleurs, la règle qui ressort du texte même de l'Edit où trois fois sont mis sur la même ligne les enfants et les « enfants des enfants » ; c'est la solution qui rallia, dans notre ancien droit, l'unanimité des suffrages (1).

1. En ce sens Ricard, *op. cit.* n. 1272. Lebrun. *Successions*. Liv. II ch. VI sect. I dist. V. n. 22. Pothier, *loc. cit.* n. 565.

M. Boissonade pense, au contraire, que la quotité disponible devait

Nous n'avons envisagé jusqu'ici que des cas où le patrimoine de l'auteur remarié devait se répartir également entre ses descendants : cette répartition que nous considérons aujourd'hui comme normale était exceptionnelle dans l'ancienne France. La plupart du temps, l'application du droit d'aînesse, une substitution légale ou quelque avantage précipitaire venait rompre l'équilibre, et le nouvel époux se trouvait réduit à une part de cadet ou à la portion de l'enfant le moins favorisé qui, du reste, ne pouvait jamais être inférieure à la légitime de ce dernier.

Pour apprécier la part d'enfant, il fallait se placer au jour du décès de l'époux remarié et faire entrer en ligne de compte les enfants du second comme ceux du premier lit (1). Le nouveau conjoint pourra recueillir une portion égale à celle de l'enfant qui « aura le moins ». Ne seront donc pas comptés les renonçants et les indignes, mais seulement les enfants héritiers ; car, dit Dumoulin, « non habet legitimam nisi qui heres est » : en pays de Coutume, pour « avoir » quelque chose d'une succession, il faut être héritier. Parmi les enfants, pouvaient se trouver des filles ayant reçu une dot, qui se voyaient par ce fait, suivant plusieurs coutumes, exclues de la succession (2). Sou-

être mesurée à la part qu'aurait été appelée à recueillir le fils prédécédé s'il avait vécu. Les pays de droit écrit avaient admis cette dernière opinion que nous trouvons confirmée par un arrêt du Parlement de Toulouse du 16 mai 1619.

1. Le texte de l'Edit ne distingue pas.

2. La coutume de Normandie (art. 249) disposait que : « les filles ne peuvent demander ni prétendre aucune portion en l'héritage de leurs

vent cette dot était inférieure à la légitime; l'on sait que dans des familles nobles et peu fortunées, tout le mince patrimoine était réservé au fils aîné pour soutenir l'éclat du nom et les filles n'apportaient à leur mari que l'honneur de leur alliance et un « chapel de roses ». Devait-on considérer une dot de ce genre comme étant la part de l'enfant le moins prenant et réduire à sa mesure la quotité disponible? Ricard (1) nous apprend que cette solution sévère rencontra des partisans: mais d'après l'opinion générale, on ne faisait pas entrer en ligne de compte les filles ainsi dotées ou renonçantes.

Quelquefois, afin d'éviter des contestations et de faire au nouvel époux la part la plus large possible, tout en restant dans les limites de la loi, le veuf qui se remariait déclarait donner à son futur conjoint « une part d'enfant le moins prenant ». Ainsi formulée, cette clause constituait une véritable donation de biens à venir, une institution contractuelle portant sur une fraction des biens laissés à la mort de l'époux donateur; d'où il suit que le bénéficiaire se trouvait assujetti à payer les dettes du défunt proportionnellement à la part recueillie. En outre, la libéralité tombait si le conjoint donateur survivait au donataire; le montant de la donation retournait donc, alors, dans le patrimoine du veuf remarié et se trouvait compris, au décès de celui-ci, dans la masse partageable entre tous les enfants (2).

père et mère contre leurs frères ni contre leurs hoirs, mais seulement mariage avenant. »

1. *Traité des donations* ; *loc. cit.*, n. 1264.

2. Pothier est d'avis contraire : d'après lui, le montant de la dona-

Il pouvait arriver que le veuf ayant des enfants du premier lit, passât successivement à un second, à un troisième, à un quatrième mariage et voulût faire des donations à chacun de ses nouveaux conjoints. Pouvait-il disposer d'une part d'enfant en faveur de chacun de ses époux successifs, ou bien fallait-il décider qu'une part d'enfant constituait le maximum de la quotité disponible au profit de tous les nouveaux époux réunis? Les auteurs s'en tinrent à l'interprétation la plus favorable aux enfants de premier lit : « L'Edit ne dit pas : « ne peuvent donner à *chacun de leurs nouveaux maris* » : mais bien : « ne peuvent donner à *leurs nouveaux maris* plus qu'à un de leurs enfants : ce qui signifie — conclut Pothier — qu'elles ne peuvent donner à tous leurs nouveaux maris, lorsqu'elles en ont eu plusieurs, plus que l'équivalent de la part de l'enfant le moins prenant » (1).

tion devenue caduque par le prédécès du second conjoint serait réservé aux seuls enfants du second mariage en vertu d'une substitution vulgaire tacite, (*op. cit.* n. 596).

1. Pothier, *op. cit.* n. 566. V. aussi Ricard ; *op. cit.* n. 1321.

La loi *Hac edictali* était plus explicite : « Si ad secunda, vel tertia, aut ulterius repetiti matrimonii vota migraverit pater materve,.. non sit ei licitum, etc.. »

Le Code civil, au contraire, admet que chaque conjoint successif peut recevoir une part d'enfant légitime le moins prenant mais « sans que, dans aucun cas, ces donations réunies puissent excéder le quart des biens » (art. 1098).

§ 2. — *Sanction de la prohibition portée par le premier chef de l'Edit.*

Toute libéralité excédant la quotité disponible en faveur du nouvel époux devait être ramenée à cette quotité. Pour obtenir le retranchement, les enfants étaient armés d'une action en réduction dont nous aurons à préciser la nature et les effets : mais, auparavant, il faut savoir à quels enfants en étaient réservés l'exercice et le profit.

La loi *Hac Edictali* donnait l'action en retranchement aux seuls enfants du premier lit et la novelle XXII avait confirmé cette disposition (1). Mais, dans l'intervalle Justinien avait jugé bon de modifier la constitution de Léon et Anthémios : la loi *Quoniam* qui ne fut appliquée que durant quelques années donnait l'action en retranchement à tous les enfants, du second comme du premier mariage (2). C'est à cette loi éphémère qu'on fit appel en pays de coutume, pour l'interprétation de l'Edit (3). Les pays de droit écrit s'en tinrent, au contraire, à la loi *Hac Edictali* et à la Novelle où Justinien se réforme lui-même. Ainsi donc, tandis que, dans la France méridionale, les enfants du premier mariage avaient, seuls, le bénéfice du retranchement, en pays coutumiers, leurs frères et sœurs consanguins ou utérins y étaient admis

1. Nov. XXII ; cap. 27.

2. Loi 9 au Code *De Sec. nupt.* « In capita inter omnes dividi sancimus.

3. Lebrun, *op. cit.* : Liv. II, ch. VI, sect. 1 dist. III, n. 11 à 16.
Ricard, *op. cit.*, n. 1288.

comme eux. A quelles conditions? Il semble bien que le bénéfice de l'Edit ne soit autre chose qu'une extension spéciale de la légitime et que, par conséquent, les enfants n'y doivent être admis qu'autant qu'ils se portent héritiers, ce qui exclut les renonçants, les indignes et les incapables. Telle n'était pas cependant la doctrine admise dans notre ancien droit. La grande majorité des auteurs (1) ne voient point, dans le droit au retranchement un droit successoral, mais un bénéfice particulier résultant de l'Edit; par conséquent, disent-ils, il n'y a pas de raison de subordonner la jouissance de ce droit spécial à la qualité d'héritier. Mais alors, pourquoi ces mêmes jurisconsultes le refusent-ils à l'enfant exhérédé et à la fille dotée qui renonce à la succession de son auteur? Ils ont, évidemment, aperçu le lien intime qui unit au droit successoral le droit au retranchement; mais ils ont craint de pousser jusqu'au bout l'assimilation.

L'action en réduction pouvait être intentée aussi bien contre les tiers détenteurs des biens donnés que contre le donataire lui-même. Ce dernier, en effet, n'avait pu transférer qu'un droit résoluble; il n'avait acquis la propriété des biens qu'à charge de retranchement; les étrangers n'ont pu les recevoir de lui qu'avec cette charge, avec la condition d'être tenus, le cas échéant, de l'action en réduction. Nous sommes donc, en présence d'une action à la fois personnelle et réelle, d'une *condictio ex lege*, auraient dit les Romains, doublée d'une *actio utilis in rem*. Pour fixer la quantité des biens à

1. Lebrun; *Successions*, *loc. cit.* n° 3, Ricard; *op. cit.*, n° 1301. Pothier, *op. cit.*, n° 568.

retrancher, on considérerait leur valeur au jour de la donation.

A qui profiterait l'excédant obtenu par suite de la réduction ? Le droit romain, nous l'avons vu, le réservait aux seuls enfants (1) : Ricard (2) et Pothier (3) avaient pleinement adopté cette solution. D'autres auteurs (4), au contraire, voulaient que l'époux donataire recueillît aussi une part d'enfant dans les biens dont il venait de subir le retranchement ; sinon, disaient-ils, l'époux n'aurait pas, en réalité, la part que lui accorde l'Edit. Pour ne léser personne, il eût fallu rapporter fictivement les biens donnés au nouveau conjoint dans la masse des biens existants, et, sur cette masse ainsi complétée, chercher la part afférente à chaque enfant, en comptant le nouveau conjoint pour un enfant de plus. La portion de ce dernier ainsi connue on eût réduit la donation à son montant ; alors, sans doute, les enfants seuls auraient été admis à profiter de cette réduction mais, en définitive, le nouvel époux eût recueilli tout ce à quoi il avait droit. Supposons, par exemple, qu'une veuve, mère de cinq enfants, se soit remariée en faisant à son nouvel époux une donation de 20.000 livres. Elle est morte,

1. «... Ad personas deferri liberorum et inter eos dividi jubemus », disait la constitution de Léon et Anthénius. La Novelle XXII (cap. 27), disposait d'une façon encore plus explicite : « competit filiis et inter eos solos ex æquo dividitur ».

2. *Op. cit.*, n° 1319.

3. *Op. cit.*, n° 594.

4. Renusson ; *Communauté* IV^e part., ch. III ; n° 67 ; Lebrun ; *Successions*, *loc. cit.*, n°s 19 à 21.

laissant 90,000 livres de biens existants. La quotité disponible de l'Edit est de $90.000 : 5 = 18.000$ l. La libéralité faite au second mari dépasse de 2.000 l. cette quotité : Il y a donc lieu à retranchement. Selon Ricard et Pothier, il eût fallu attribuer les 2.000 livres d'excédant exclusivement aux enfants, qui auraient recueilli chacun 18.400 l. tandis que le conjoint n'aurait eu que 18.000 l. En réalité un tel calcul menait à la violation de l'Edit, car, dans notre espèce, le nouvel époux ne recevait point la part d'enfant qui devait lui revenir. Le système soutenu par Renusson et Lebrun, est, au contraire pleinement satisfaisant : on remet fictivement dans la masse les 20.000 l. de biens donnés, ce qui forme un total partageable de 110.000 l. à répartir entre les cinq enfants et le nouvel époux, soit $110.000 : 6 = 18.333$ l. pour chacun. Si les enfants n'étaient pas tous appelés à recueillir une part égale, pour ne pas donner à l'époux plus qu'à l'enfant le moins prenant, on n'avait qu'à déduire des biens existants le montant des avantages faits aux favorisés, et l'on opérerait, ensuite, comme il vient d'être dit (1).

SECTION II

SECOND CHEF DE L'ÉDIT

Le second chef de l'Edit est ainsi conçu :

« ... Au regard des biens à icelles veuves acquis par

1. Ainsi, dans notre hypothèse deux enfants ont été avantagés, l'un de 10.000 l. en vertu de son droit d'ainesse, l'autre, de 3.000 l. par préciput. La masse partageable devra s'établir ainsi : $110.000 - 13.000 = 97.000$ et la part du nouvel époux sera de $97.000 : 6 = 1616$ livres.

« dons et libéralités de leurs défuncts marys, elles ne
« peuvent et ne pourront faire aucune part à leurs nou-
« veaux marys ; ains elles seront tenuës, les réserver aux
« enfans communs d'entr'elles et leurs marys, de la libé-
« ralité desquels iceux biens leur seront advenus. Le sem-
« blable voulons estre gardé ès biens qui sont venus aux
« marys par dons et libéralités de leurs défunctes femmes,
« tellement qu'ils n'en pourront faire don à leurs se-
« condes femmes : mais seront tenus les réserver aux
« enfans qu'ils ont eus de leurs premières... »

De ces dispositions, il résulte que le conjoint remarié ne peut donner au nouvel époux aucun des biens qu'il a reçus de son conjoint prédécédé. Tout ce qu'il tient de la libéralité de ce dernier doit être réservé aux enfans du premier lit : c'est, en substance, ce que décidaient les lois *Femineæ* (1) et *Generaliter*.

1. La loi *Femineæ* contenait, on s'en souvient, une disposition qui n'a pas été reproduite par le second chef de l'Edit : elle assujettissait à la réserve comme les biens du mari défunt, ceux recueillis par la femme dans la succession des enfans qu'elle avait de lui. Cette disposition ne fut pas suivie en pays coutumiers : « Je ne crois pas, dit Ricard, que cette peine doive avoir lieu contre la femme : encore que François II, par son ordonnance, approuve les constitutions des empereurs, il ne s'ensuit pas que nous devons tirer de ces constitutions les décisions de toutes les difficultés qui ne sont pas résolues expressément par l'édit... l'Edit ne contient aucuns termes qui puissent avoir rapport aux successions n'ayant parlé que des biens acquis aux maris ou femmes par les dons et libéralités l'un de l'autre »,

I

Nous devons examiner, d'abord quels avantages sont sujets à la réserve.

Les termes du second chef de l'Edit ne semblent viser que les donations proprement dites ou les dispositions testamentaires: il n'est, en effet, question que des biens obtenus (par dons ou libéralités) de l'époux défunt. Cependant, les commentateurs, d'accord avec la jurisprudence, ne tardèrent pas à englober dans la réserve tout ce qui a pu provenir au veuf remarié des conventions matrimoniales de sa précédente union. Nous ne parlons pas du douaire légal; qui est un avantage fait par la coutume plutôt que par le mari.

Mais tout gain de survie, tout avantage résultant de l'inégalité des apports originaux ou de successions mobilières échues pendant le mariage, et même le préciput conventionnel quoique mutuel et réciproque tombaient sous l'application de l'Edit. Nous en dirons autant du douaire préfix, quand il est assigné en propriété et sans retour : dans le cas plus fréquent où il consiste en usufruit, il ne peut valoir que jusqu'à concurrence du douaire coutumier (1).

L'interprétation des termes de l'Edit fut donc des plus larges et des plus favorables aux enfants : cependant, Pothier nous apprend qu'en pays de Coutume, on hésita

1. Tous ces principes doivent être étendus aux droits de viduité des maris en Normandie.

longtemps à comprendre dans leur réserve la dot et la donation anténuptiale constituées à leur mère par des parents de leur auteur prédécédé ou par des étrangers « en contemplation » du défunt (1). La question était aussi controversée en ce qui concerne les conquêts de communauté ; elle ne tarda point à être tranchée lors de la seconde rédaction des coutumes de Paris et d'Orléans.

Quand, au mépris de la prohibition de l'Edit, une donation avait été faite au second conjoint, la libéralité était nulle en tant qu'elle comprenait des biens sujets à la réserve. Les enfants du premier lit, et eux seuls, étaient fondés à agir en répétition : mais ils devaient attendre, pour cela, la mort du donateur, c'est-à-dire l'époque où l'espèce de substitution légale admise à leur profit devenait définitive et parfaite.

II

L'édit de François II, en effet, n'allait pas aussi loin que les lois romaines. Aux termes des constitutions des Théodoses et des Valentiniens, le conjoint remarié se voyait dépouiller immédiatement au profit des enfants, de la propriété des biens qu'il tenait de son premier époux :

1. Pareille hésitation n'avait pas raison d'être en pays de droit écrit où l'on appliquait les dispositions très explicites de la Novelle 22 : «... non discernimus de dote et ante nuptias donatione, utrum ipsi hanc dederint pro se contrahentes, an aliqui alii pro eis hæc egerint, sive ex genere, sive etiam extrinsecus ». Dans tous les cas la dot et la donation anténuptiale étaient réservées aux enfants ; peu importait par qui elles avaient été constituées.

il n'en conservait que l'usufruit. L'Edit, au contraire, laisse la propriété à l'époux qui se remarie : mais, à sa mort, tous les biens réservés doivent revenir intacts aux enfants du premier lit qui sont censés les tenir directement de leur auteur prédécédé.

C'est donc, en vertu d'une substitution légale que les enfants sont appelés à recueillir les biens dont s'agit. La loi n'a fait ici que remplir l'intention probable des parties : cette charge, nous dit Pothier, les époux l'eussent apposée eux-mêmes, s'ils avaient prévu les secondes noces afin d'empêcher leur patrimoine de passer à des étrangers, au préjudice des enfants communs.

Cependant, la jurisprudence n'admettait pas que l'époux défunt eût pu valablement, par acte exprès, dispenser le donataire de cette obligation de conserver et de rendre aux enfants le montant de la libéralité (1).

Tous les enfants du premier lit étaient admis à bénéficier de la réserve établie par le second chef : en cas de prédécès d'un ou plusieurs d'entre eux, leurs descendants exerçaient les mêmes droits. Mais, pour jouir de cet avantage, était-il nécessaire qu'ils fussent héritiers, sinon du donateur, au moins du grevé de substitution ? Nous avons déjà vu cette question tranchée dans le sens de la négative par Ricard et Pothier, à propos du premier chef. Fidèles à leur principe que le bénéfice de l'Edit n'est pas un droit successoral, ces jurisconsultes accordent le bénéfice de la substitution aux enfants renonçants (2), tan-

1. Cette dispense était, au contraire, considérée comme valable dans les pays de droit écrit qui suivaient la Novelle 22.

2. Ricard, *op. cit.*, n. 4303. Pothier, *op. cit.*, n. 621.

dis qu'ils le refusent aux exhérédés et aux filles que le fait d'avoir reçu une dot exclut de la succession.

C'est du donateur défunt et non du donataire que les enfants du premier lit sont censés tenir les biens réservés; en vertu d'un principe général des substitutions : *accipiunt substituti non a gravato, sed a gravante*. En conséquence, dit Pothier, ces avantages sont, dans la personne des enfants, des propres paternels, si c'est la mère qui a survécu et convolé; et des propres maternels, si c'est le père (1): c'est donc sur la légitime de la succession de l'auteur prédécédé et non sur celle du survivant qu'il faudra les imputer. Les enfants du second lit ne pourront rien prétendre sur ces biens: ils n'y ont aucun droit: ils n'ont même pas, en pays de coutume, l'espèce de compensation que leur offrait le droit romain en leur attribuant par réciprocité, à titre exclusif, les biens provenus du nouvel époux au conjoint remarié. Enfin, les enfants du premier mariage sont tous admis à la substitution: aucun avantage ne peut être fait à l'un au détriment des autres (2).

Dans le cas où tous les enfants du premier lit venaient à mourir avant l'époux binube sans laisser eux-mêmes de descendants, la substitution s'éteignait et les biens restaient libres aux mains de l'auteur remarié. En était-il de même dans l'hypothèse où, les enfants étant encore

1. *En ce sens* de Laurière. *Coutumes de Paris*, note sous l'art. 279. V. *contra* Lebrun. *Successions*, Liv. II; chap. VI, sect. 2, dist. 2, n. 22.

2. Pothier, *op. cit.*, n. 613 et suiv. Nous avons vu que la loi *Femine* permettait d'avantager un ou plusieurs des enfants du premier lit: elle n'admettait pas la substitution légale proprement dite.

vivants, le nouvel époux décédait, laissant son conjoint veuf pour la seconde fois ? Plusieurs jurisconsultes estimaient, selon nous, avec juste raison, que la réserve est éteinte comme dans le cas précédent et que le veuf recouvre la liberté de disposer à son gré des biens qui lui ont été donnés par son premier époux. Dans notre hypothèse, en effet, le convol n'a causé aucun préjudice aux enfants du premier lit, et leur auteur se retrouve dans le même état que s'il ne s'était point remarié (1).

SECTION III

INFLUENCE DE L'ÉDIT DES SECONDES NOCES

EN PAYS DE COUTUME

C'est avec un sentiment de faveur unanime que fut accueillie l'œuvre du chancelier de l'Hospital. Les magistrats et les juriconsultes y voyaient un retour au droit romain, à la raison écrite ; la foule y voyait une entrave apportée à ces « mariages réchauffés » (2) que ne ménageait guère la verve souvent bruyante de nos aïeux (3) ; tout le monde applaudissait à une mesure aussi sagement protectrice des enfants de premier lit. « Heureuse occasion que ce second mariage ! s'écrie Bourjon à propos du convol de Madame d'Aligre, puisqu'il a fait naître dans nos

1. Pothier décide, au contraire, que l'obligation de conserver les biens une fois née se perpétue ; le droit des enfants est acquis, et le fidéicommiss établi en leur faveur ne peut devenir caduc que par leur décès. Mais cette opinion demeura isolée.

2. V. Du Cange, V° *Maritagia recalefacta*.

3. Tous nos vieux auteurs parlent des « charivarys » qui saluaient les secondes noces.

coutumes l'adoption de règles salutaires et que la sagesse aurait dû faire adopter plus tôt ! (1) »

L'Édit fut publié dans tout le royaume et enregistré sans difficultés par toutes les cours des provinces, sauf au parlement de Bordeaux dans le ressort duquel les lois romaines étaient directement appliquées. Mais, dans les pays réunis à la couronne après le règne de François II, jamais on ne promulgua les dispositions de l'édit des secondes noces : c'est ainsi que les Trois-Evêchés, l'Alsace, la Franche-Comté, la Navarre, le Béarn, le Roussillon, l'Artois, la Flandre et la Corse continuèrent d'appliquer les dispositions de leurs coutumes ou statuts locaux. Toutefois, dans la Flandre, l'Artois et le Hainaut, le second chef de notre Edit fut érigé en loi expresse par l'Edit perpétuel des archiducs Albert et Isabelle (art. 28) en 1611. Cent ans plus tard, Léopold, duc de Bar et de Lorraine mit en vigueur dans ses Etats une ordonnance dont les dispositions reproduisent l'œuvre de Michel de l'Hospital.

Dans la plupart des autres provinces, on se conforme à ces lois ou aux constitutions romaines : plusieurs coutumes reproduisent le texte même de l'Edit, avec ou sans commentaires ; d'autres interprètent dans le sens le plus extensif quelques-unes de ses dispositions. Telles sont les coutumes de Paris, d'Orléans, d'Amiens et de Calais dans leur seconde rédaction.

Extension donnée au deuxième chef de l'Édit par les coutumes de Paris et d'Orléans. — Le second chef

1. Bourjon. *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes* (Paris, 1770), t. II, p. 227.

de l'Edit de François II avait enjoint au veuf remarié de réserver à ses enfants de premier lit les dons et libéralités qu'il pouvait tenir de leur auteur défunt. Fallait-il comprendre dans cette réserve la part que prenait la femme veuve dans la communauté dissoute ? Il semble que non : cette part, en effet, est une acquisition plutôt onéreuse que gratuite : or l'Edit ne vise expressément que les biens acquis à la veuve *par dons et libéralités* de son premier conjoint. Il semble difficile de faire rentrer des conquêts de communauté dans une telle catégorie d'avantages.

Cependant, poussant jusqu'à l'extrême leur désir de protéger les enfants du premier mariage, plusieurs juriscultes engageaient vivement à cette dernière solution. Leur avis triompha en 1580, lors de la réformation de la coutume de Paris. L'art. 279, après avoir reproduit le premier chef de l'Edit, complète ainsi le second (1) :

« Quant aux conquêts faits avec ses précédents maris, [la veuve] n'en peut disposer aucunement au préjudice des portions dont les enfants desdits premiers mariages pourraient amender leur mère. Et néanmoins succèdent les enfants des subséquents mariages auxdits conquêts avec les enfants des mariages précédents, également venant à la succession de leur mère ».

Quelques années après, la coutume réformée d'Orléans (art. 203) reproduit cette disposition, de façon plus complète et plus explicite.

1. Claude de Ferrière. *Coutume de la vicomté et prévoté de Paris*, art. CCLXXX. Disposition et succession de femme qui se remarie ayant enfant.

« ... Et quant aux conquêts faits avec ses précédents maris [femme convolant en autres noces] n'en peut aucunement avantager son second ou autre mari ; toutefois peut disposer d'iceux à autres personnes sans que telle disposition puisse préjudicier aux portions dont les enfants desdits premiers mariages pourraient amender de leur mère... »

De ces textes résulte une double prohibition : en faveur du second mari, toute disposition quelconque de conquêt est interdite ; en faveur d'autres personnes, elle n'est permise que sauf la part des enfants du premier mariage.

D'Aguesseau et Pothier justifient sans peine cette extension donnée à l'Edit par nos coutumes, extension qui, au premier abord, peut sembler exorbitante. Sans doute les conquêts sont des biens dont on ne peut dire que la femme a été avantagée par son premier mari : mais ils sont des fruits de la collaboration active de ce dernier, ils ont été acquis grâce à son industrie et à ses soins, en vue des enfants du mariage ; il est de toute justice que ceux-ci ne s'en voient point dépouiller au profit de personnes étrangères.

Les coutumes ne parlent expressément que des veuves remariées, mais la jurisprudence étendit bientôt la prohibition aux veufs (1).

1. « Les arrêts, dit Ferrière, ont étendu cette partie de cet article aux maris, lesquels ne peuvent point avantager leurs secondes femmes des conquêts par eux faits pendant leur première communauté. Cependant, la question n'était pas sans difficulté, et il semble que ce soit contre l'intention de notre coutume » (*loc. cit.*, t. II, p. 218).

C'est encore une théorie jurisprudentielle qui attribua aux termes de la Coutume de Paris le sens le plus large et le plus compréhensif en faisant rentrer dans les conquêts réservés les meubles comme les immeubles. Dans la langue de notre ancien droit, le mot « *conquêt* » pris absolument ne désignait, d'ordinaire, que les immeubles communs. Partant de là, plusieurs auteurs, appuyés sur quelques arrêts, étaient d'avis de laisser à l'époux qui se remarie la libre disposition des conquêts mobiliers (1) ils soutenaient que la prohibition rigoureuse de l'art. 279 n'était pas susceptible d'une application d'analogie : *parantia non sunt extendenda*.

La question demeura controversée jusqu'à la fin du xvii^e siècle, c'est seulement en 1697 que d'Aguesseau fit triompher l'interprétation extensive dans un plaidoyer resté célèbre (2). Le mot *conquêt*, dit-il, n'a pas nécessairement par lui-même un sens restreint aux immeubles, puisque la coutume parlant des immeubles communs, emploie douze fois l'expression *conquêts immeubles*, évidemment pour éviter une confusion possible. En outre, la disposition dont s'agit n'a rien de pénal à l'égard de l'époux remarié : de même que les autres règles limitant la disponibilité des biens en cas de secondes noces, elle a uniquement pour but la sauvegarde des intérêts des enfants. Beaucoup de fortunes, celles des commerçants surtout, ne consistent qu'en effets mobiliers : pourquoi échapperaient-elles à la prohibition de la coutume ? Conçue dans le même esprit que l'Edit, celle-ci doit s'appliquer comme lui et aux

1. En ce sens Ferrière, *loc. cit.*, p. 218.

2. V. d'Aguesseau ; 41^e plaidoyer.

meubles et aux immeubles. D'Aguesseau était alors avocat général ; ses conclusions furent adoptées et consacrées, « et M. le Premier Président déclara au barreau que la Cour avait jugé la question de droit, sans s'arrêter aux circonstances de fait » (1).

Ainsi, tous les conquêts de la communauté, meubles et immeubles durent tomber dans la réserve des enfants, en cas de second mariage de leur auteur. Si, contrairement à l'art. 279, le père ou la mère remarié en dispose au profit du nouvel époux, une action en révocation est ouverte à tous les enfants, sans distinction de lit (2), pourvu néanmoins, qu'au moment du décès de l'époux remarié, il existe encore un enfant du premier mariage.

Quand les conquêts ont été aliénés, non plus en faveur du nouveau conjoint, mais d'un étranger, il y a lieu seulement à une action en réduction que les enfants du premier lit pourront exercer et dont ils bénéficieront à l'exclusion de tous autres descendants.

SECTION IV

DISPOSITION SPÉCIALE DE L'ORDONNANCE DE BLOIS (1579).

Même après les réformes de l'Edit de 1560, l'enfant dont la mère restée veuve convolait à de secondes nocces, n'était pas à l'abri de tout inconvénient :

« Le public a notable intérêt, dit Brodeau (3), que les

1. Arrêt du 4 mars 1697. V. note de Sauvan d'Aramon sur Ferrière. *Commentaire de la Coutume de Paris*, loc. cit.

2. « Et néanmoins succèdent les enfans des subséquents mariages auxdits conquêts » (art. 279).

3. *Coutume de Paris*, I, art. 37.

veuves ne se remarient et ne transportent point à un second mari l'affection qu'elles doivent à la mémoire du premier et aux enfants qu'il a laissés, ce qui produit souvent des troubles, des désordres et des accidents lugubres dans les familles ». Et Ferrière : « Les secondes noces ayant toujours été considérées comme un effet d'intempérance et qui fait paraître le peu d'affection que ceux qui se remarient ont pour leurs enfants, ont toujours été punies de diverses peines en faveur des enfants ».

Pour nos vieux auteurs, le second mariage d'une mère de famille est toujours gros de menaces vis-à-vis des enfants : dans tous les cas, on doit craindre la fatale influence du parâtre. Mais plus grave encore est la faute et plus grand le péril, quand ce second convol est une mésalliance. Quelle confiance pouvaient avoir le législateur et les rigides magistrats du xvr^e siècle dans l'honneur et la bonne foi d'un regrattier ou d'un petit marchand ? Si des gens *de cette sorte* parvenaient à se faire épouser par la veuve d'un gentilhomme, ce n'était évidemment que dans un but de ridicule ambition ou de basse cupidité et la « dame » qui descendait à une telle alliance méritait toutes les rigueurs ; il fallait qu'elle eût perdu le sens pour livrer ainsi à un homme de bas étage, en même temps que sa personne, les biens et la vie de ses enfants.

C'est sous l'empire de ces préjugés sociaux (2) mais

1. *Loc. cit.*, p. 217.

2. A ce point de vue, les mœurs ont changé et ce que disait Merlin, il y a trois quarts de siècle, est encore plus vrai maintenant qu'en 1824 : « Aujourd'hui que l'on a vu les premières maisons de l'Etat s'allier à des familles récentes et souvent avilies par leur for-

aussi dans le but fort louable de protéger encore les enfants du premier mariage, que fut rédigé l'art. 182 de l'Ordonnance de Blois ainsi conçu :

« Et d'autant que plusieurs femmes veuves même ayant
« enfants d'autres mariages, se remarient follement à per-
« sonnes indignes de leur qualité, et qui pis est, les aucu-
« nes à leurs valets, nous avons déclaré et déclarons tous
« dons et avantages, qui par lesdites veuves ayant enfants
« de leurs premiers mariages, seront faits à telles person-
« nes sous couleur de donation, vendition, association à
« leur communauté, ou autre quelconque, nuls, de nul effet
« ou valeur : et lesdites femmes, lors de la convention de
« leur mariage, avons mis et mettons en l'interdiction de
« leurs biens leur défendant les vendre ou autrement alié-
« ner en quelque sorte que ce soit, et à toutes personnes
« d'en acheter, ou faire avec elles autres contrats, par les
« quels leurs biens puissent estre diminuez ; déclarons
« lesdits contrats nuls et de nul effet et valeur (2) ».

L'Ordonnance de Henri III est beaucoup plus rigoureuse que l'Edit de 1560.

Tandis que ce dernier se contente de restreindre la quotité disponible en faveur du nouvel époux, l'Ordon-

tune même, il serait contraire à tous les principes de la politique et de la morale, de regarder comme un mariage vil, une de ces alliances qui eussent été recherchées, si le beau-père ou l'époux lui-même eussent eu l'adresse de parvenir à de pareilles fortunes ; il est certain que les préjugés sur les mésalliances ont changé depuis l'ordonnance de Blois. »

1. Isambert, Decrusy et Taillandier. *Recueil des anciennes lois françaises*, t. XIV, p. 423.

nance de 1579 interdit absolument à la femme toute disposition et tout contrat du jour de sa *convention de mariage*, c'est-à-dire de ses fiançailles. Le fait pour elle de choisir un second mari indigne de sa qualité est assimilé à un acte de démence et traité comme tel.

Guy Coquille nous le dit sans ambages : « ces mariages honteux démontrent ou que les femmes ne sont pas dans leur bon sens, ou bien qu'elles se rendent volontairement indignes de la qualité de veuves d'un homme d'honneur ; et en l'un et l'autre cas, elles méritent d'être interdites en l'administration de leurs biens ».

La question délicate était souvent de savoir quand on pouvait considérer comme indigne d'elle le futur époux d'une veuve. C'était une pure question de fait qui souleva nombre de procès. D'après la jurisprudence Pothier pose quelques règles générales : « Une veuve est censée se remarier à une personne indigne de son rang, lorsqu'étant veuve d'un gentilhomme ou d'un homme constitué en dignité, elle épouse un homme d'une profession dérogeante à la noblesse, tel qu'un artisan, un sergent, etc. La veuve d'un bourgeois d'un état honnête est aussi censée épouser un homme indigne de sa qualité, lorsqu'elle épouse un homme de la lie du peuple, tel qu'un gaigne denier ». Toutefois, Dupin veut bien reconnaître qu'il existe souvent à de telles unions des circonstances atténuantes ; par exemple, « la veuve d'un artisan qui épouserait son garçon pour entretenir sa boutique, ou la veuve d'un laboureur qui épouserait un valet de labourage par la nécessité de continuer le train de sa char-

rué (1)», ne tomberait point sous le coup de l'Ordonnance.

Des deux considérations qui ont inspiré l'art. 182 préjugés de hiérarchie sociale, d'une part, et intérêt des enfants du premier lit, de l'autre, c'est le second qui a surtout frappé l'attention de Pothier, et qui doit nous retenir davantage. Le célèbre jurisconsulte voit dans les déchéances infligées à la veuve une juste réparation accordée aux enfants du premier mariage « pour l'injure atroce faite par leur mère à la mémoire de son mari, en abdiquant le nom illustre qu'il lui avait donné, et une famille illustre dans laquelle il l'avait faite entrer, pour prendre le nom et entrer dans la famille d'une personne indigne ».

De même que les prohibitions de l'Edit, les prescriptions de l'Ordonnance ne recevaient leur application que si, au décès de la mère, il existait un ou plusieurs enfants d'un mariage antérieur, pour demander la nullité des contrats passés en fraude de l'art. 182. Un instant, l'on songea à étendre aux hommes les dispositions de cet article ; mais la jurisprudence se prononça nettement dans le sens de l'interprétation restrictive : « Attendu, dit Autonne, commentant un arrêt du Parlement de Bordeaux de 1591, que les hommes remariés restent toujours maîtres et supérieurs, ils peuvent empêcher que leurs femmes fassent aucun tort ni injure aux enfants du premier mariage ; à

1. Pothier s'exprime en termes analogues : il estime qu'en certains cas, le convol est pour la veuve presque une nécessité, « comme lorsqu'elle se trouve, à la mort de son mari, chargée d'un gros labour ou d'un gros commerce, qu'elle ne peut soutenir sans le secours d'un second mari », *op. cit.*, n. 530.

quoi on peut ajouter que les femmes, à cause de l'infirmité de leur sexe ne peuvent faire un choix aussi solide que les hommes... ». A ces raisons fondées sur la classique tradition romaine de *l'imbecillitas sexus*, nous préférons celles, plus satisfaisantes, que nous donne Pothier : « Si un homme se déshonore en épousant une femme indigne de sa condition, dont il fait, en l'épousant, sa compagne, ce déshonneur dont il se couvre n'est pas comparable à l'ignominie dont se couvre la femme, en épousant un homme indigne de son rang, auquel, en l'épousant, elle s'assujettit et à la condition duquel elle se réduit... Il est évident que cela ne peut s'appliquer à l'homme, puisque ce n'est pas l'homme qui acquiert par le mariage, le nom et la famille de sa femme, mais la femme qui acquiert le nom et la famille de l'homme » (1).

C'est donc en raison du rôle subordonné que tient la femme dans la communauté conjugale, que son second mariage peut sembler plus néfaste à tous points de vue.

La disposition de l'ordonnance de Blois fut suivie à peu près universellement en France ; plusieurs coutumes l'insérèrent lors de leur réformation. Nous la trouvons, notamment reproduite, avec une aggravation, dans la coutume de Bretagne (2).

1. Pothier, *op. cit.*, n. 658.

2. Art. 454 : « Femme veuve qui se remarie avec son domestique ordinaire perd son douaire. Et, au cas qu'elle aurait enfants d'autres mariages et se remarierait follement à personne indigne de sa qualité, seront tous dons et avantages par elles faits à telle personne, nuls et de nul effet et valeur, et demeurera ladite femme, dès lors de la convention de tel mariage, interdite de tous ses biens. »

CHAPITRE III

Dernier état de l'Ancien droit. — Protection des enfants de premier lit dans les pays de droit écrit.

Aux XVII^e et XVIII^e siècles, nous sommes enfin sortis des obscurités et des contradictions qui ont embarrassé l'étude des premières époques de notre droit. Sans doute, la législation française ne présente pas encore l'unité et l'harmonie parfaites, mais nos coutumes rédigées et réformées, pour la plupart, offrent des divergences moins graves, des lacunes moins profondes que le droit chaotique du Moyen-Age. La tradition germanique a persisté, vivace, au Nord de la Loire; le système féodal rayé par Richelieu de notre droit public, apparaît encore dans l'ordre civil par les privilèges du droit d'aînesse, les substitutions, le préciput légal du conjoint noble; mais, partout, a pénétré l'influence du droit romain. Grâce aux efforts persévérants des anciens glossateurs, grâce, plus tard, à une pléiade de jurisconsultes et de magistrats éminents, presque toutes les coutumes ont connu les principes de la *raison écrite*. Il convient d'ajouter à ce puissant élément d'unification le droit des ordonnances

et édits royaux (1) applicables à toute la France, et dont l'œuvre de l'Hospital nous a offert un si remarquable exemple.

Nous devons rechercher quelle fut, à cette dernière époque de notre ancienne législation, la condition légale des enfants du premier lit :

§ 1. — *Protection de la personne et des biens des enfants de premier lit.*

Sous cette rubrique, on comprendra les mesures relatives à l'exercice de la puissance paternelle, du droit de garde et de la tutelle sur les enfants, en cas de veuvage et de second convol de l'un de leurs auteurs.

« Dans nos pays coutumiers, dit Pothier, la puissance paternelle ne consiste que dans deux choses :

1^o Dans le droit qu'ont les père et mère de gouverner avec autorité la personne et les biens de leurs enfants, jusqu'à ce qu'ils soient en âge de se gouverner eux-

1. La tendance constante du pouvoir, dans les derniers siècles de la royauté, fut d'aboutir à l'unité complète de la législation, comme elle avait obtenu l'unité politique : « La justice, dit le préambule de l'Ordonnance de 1731, devrait être aussi uniforme dans ses jugements que la loi une dans sa disposition, et ne pas dépendre de la différence des temps et des lieux, comme elle fait gloire d'ignorer celle des personnes. Tel a été l'esprit de tous les législateurs, et il n'est point de lois qui ne renferment le vœu de la perpétuité et de l'uniformité. » (Ord. de 1731 sur les Donations., *Récueil d'Isambert*. t. XXI). La Révolution permit à Napoléon 1^{er} d'atteindre plus tôt ce but si longtemps poursuivi.

mêmes et leurs biens. De ce droit dérive la garde noble et bourgeoise.

2° Dans celui qu'ils ont d'exiger de leurs enfants certains devoirs de respect et de reconnaissance » (1).

Dès le milieu du XVII^e siècle, cette autorité fut sanctionnée par un droit de correction rigoureux : le père, de sa seule autorité et sur simple réquisition, peut faire enfermer ses enfants dans une maison de force ; c'est lui, d'ailleurs, qui, durant le mariage possède l'exercice de la puissance paternelle ; la mère ne l'exerce qu'à son défaut.

A la dissolution du mariage, la puissance paternelle passe, avec ses attributs, au survivant des père et mère, mais le droit de correction reçoit, dans ce cas, des restrictions importantes. Même si elle reste veuve, la mère ne peut faire détenir ses enfants que « sous l'autorisation des juges » (2). Remariée, elle en perd absolument le droit. Quant au père, s'il convole à de secondes noces, il ne peut faire emprisonner ses enfants que sur ordonnance du lieutenant civil qui examine l'affaire au fond, et s'entoure, s'il y a lieu, pour statuer, d'un conseil de parents (3).

Les dispositions des coutumes relativement au droit de garde, sont loin d'être uniformes, même à l'époque où nous nous plaçons. Cependant, l'on tend de plus en plus à généraliser la règle que formulait Loysel (4) et dont nous

1. Pothier, *Traité des personnes*, tit. VI, n° 130.

2. Ordonnance de 1604. Arrêt de règlement du 9 mars 1673. Arrêts des 14 mars 1678 et 27 octobre 1696.

3. Chauvin. *De la puissance paternelle*, p. 135.

4. Bail ou garde se perd... quand le conjoint se remarie. V. *suprà* p. 84.

avons eu à nous occuper déjà, c'est-à-dire à en déclarer déchu le père ou la mère qui se remarie. Telle est, notamment, la disposition de la coutume de Paris (art. 268) : « La garde noble dure aux enfants mâles jusqu'à 20 ans et aux femelles jusqu'à 15 ans accomplis. Et la garde bourgeoise dure aux enfants mâles jusqu'à 14 ans, et aux femelles jusqu'à 12 ans finis et accomplis ; le tout, pourvu que lesdits père et mère, aïeul et aïeule ne se remarient point ; auquel cas la garde est finie » (1).

Indépendamment de la garde, nous savons que plusieurs pays coutumiers donnaient au survivant des père et mère une véritable tutelle (2), sur leurs enfants mineurs. Quelle est l'influence d'un second convol sur cette tutelle ? Le père qui se remarie la conserve et continue de l'exercer sans qu'aucune précaution soit prise à son égard. La mère, au contraire, dans tous les pays où elle est admise aux fonctions de tutrice, s'en voit exclure par son second mariage. Elle doit aussitôt rendre ses comptes, et faire pourvoir les enfants d'un nouveau tuteur. Celui-ci est désigné par le conseil des proches, parents et « *affins* » des mineurs : « l'élection, dit Pothier, doit se

1. La coutume d'Orléans distingue entre la garde noble et la garde bourgeoise. Cette dernière cesse toujours en cas de second mariage. La garde noble, au contraire, ne cesse que lorsqu'elle appartient à la mère et que celle-ci épouse un roturier ; si le second mari est noble, c'est à lui que passe la garde, mais il doit fournir caution. — V. Pothier, édit. Bugnet t. 6, p. 515.

2. Coutumes d'Artois, (art. 156), de Lille, de Douai, de Nivernais (chap. 30 ; art. 4) d'Auvergne (chap. 11 art. 12) de Bourbonnais (art. 178) etc.

faire du plus prochain parent, habile à succéder au mineur, idoine, capable, suffisant et sans excuse ». Néanmoins, plusieurs coutumes admettaient fort bien aux fonctions de tuteur le second mari de la mère, pourvu que ce choix obtînt l'assentiment de la famille (1).

Si le second mariage a été contracté sans que la mère se soit fait remplacer dans la tutelle et ait rendu un compte détaillé de sa gestion, nous voyons reparaître contre elle tout l'appareil de déchéances organisé par le droit romain : privation de la succession de ses enfants du premier lit, perte des libéralités reçues de son premier conjoint, etc. Le nouveau mari est responsable avec elle des suites de son administration et ses biens sont grevés d'une hypothèque légale au profit des pupilles. Cette responsabilité, toutefois, ne s'étend pas aux actes de gestion antérieurs au second convol : elle ne commence à courir que du jour de celui-ci.

Tous nos anciens auteurs se montrent fort sévères pour la veuve qui se remarie sans avoir abdiqué en des mains plus dignes la tutelle de ses enfants. A leurs yeux, pour vouloir conserver ses fonctions de tutrice en dépit du convol, elle ne peut avoir qu'un but : dépouiller plus aisément les mineurs en profitant de l'autorité que lui confère sa situation (2). Le père, lui, est à l'abri de ce soup-

1. Dupin. *Secondes noces*, t. III ch. 8 n^o 3 et 4.

2. Bersanus. *Tractatus de Viduis* (Paris, 1699) cap. III quæst. 4 : Filios adeo despiciunt viduæ renubentes, ut non contentæ quod illos matre privant, plerumque adhuc pupillos indefensos ob non petitum iis tutorem impie derelinquunt : Quamobrem hoc peculiariter inquirendum est quibus pœnis expectantur, (nam renupta mater suspecta

çon ; cependant quelques coutumes se montrent moins confiantes à Douai ; par exemple, « le père ayant enfant ou enfants mineurs de 25 ans, qui s'est remarié ou se remariera à l'avenir, sera tenu, tout comme la mère... de former un état de tous héritages et rentes que sa femme défunte, mère desdits enfants aura porté en mariage, et qui leur ont été succédés ou donnés. Ledit état sera remis entre les mains d'un tuteur, lequel sera établi en la forme et manière accoutumées, à l'effet de vérifier ledit état, et veiller à la conservation des biens y mentionnés, et autres appartenant auxdits enfants » (1). Mais c'est là une disposition exceptionnelle : dans la plupart des provinces, le père remarié conserve la garde sans contrôle de la personne et des biens de ses enfants mineurs.

Une difficulté se présente que nous avons déjà rencontrée en droit romain : la mère remariée peut-elle reprendre la tutelle lorsqu'elle devient veuve une seconde fois ? La question a soulevé de vives controverses : la coutume

est *legi quod velit filios excoriare*). *Primam itaque subeunt poenam quod viduæ intra annum luctus renubentiæ quiparantur, ejusque poenas patiantur incapacitatis, scilicet indignitatis et infamiæ.*

Secundo, privantur successione filiorum sive directo, sive per fideicommissum velint succedere....

Tertio, cadunt ab omnibus legatis, fideicommissis ac mortis causa donationibus a patre pupillorum earum favore conscriptis.

Quarto, excluduntur etiam a legitima filiorum...

Quinto et demum, amittunt proprietatem omnium rerum quas ex mera liberalitate prioris viri consecutæ fuerunt. »

1. Arrêt solennel de règlement du Parlement de Flandre du 1^{er} mars 1741.

du Nivernais, la seule qui s'en occupe, la tranche par la négative : « la tutelle expire perpétuellement par les secondes nocés », et Guy Coquille, son savant commentateur nous donne les motifs de cette décision. La mère, d'après lui, ne peut jamais redevenir tutrice, car les motifs de suspicion qui l'ont fait écarter ne disparaissent point par suite de la mort de son second mari ; l'oubli qu'elle a marqué de ses enfants de premier lit, l'injure qu'elle leur a faite ne sont effacés par son second mariage ; et, d'ailleurs, qui peut garantir qu'elle ne passera pas incontinent à de troisièmes nocés ?

Enfin, l'ascendant remarié qui exerce la tutelle est frappé comme tout tuteur étranger de l'incapacité de recevoir des donations ou legs du mineur « pendant le temps de l'administration et jusques à ce qu'il ait rendu compte » (1), parce que, nous fait remarquer Ferrière, « les père et mère qui se sont remariés appliquent assez souvent leurs soins à dépouiller leurs enfants d'un premier lit, pour en avantager ceux d'un second... et par conséquent, ils doivent être privés des avantages et privilèges qu'il pourraient avoir autrement ».

§ 2. — *Protection des droits héréditaires des enfants du premier lit.*

Nous ne reviendrons pas longuement sur cette question dont nous nous sommes déjà occupé en étudiant

1. *Cout. de Paris* art. 226. Ordonnance royale de 1539 (art. 131).
Déclaration de François II de 1549.

l'époque féodale et les premières rédactions des coutumes.

Si le système des garanties destinées à sauvegarder les droits héréditaires des enfants s'est complété en 1560 avec l'Edit de François II, il n'a guère subi, depuis le xvi^e siècle de notables transformations. Nous nous bornerons donc à renvoyer au premier chapitre de cette seconde partie (1), pour ce qui concerne le douaire et les gains de survie de la mère remariée, et la prohibition des libéralités entre époux durant le mariage. Il convient, néanmoins, de ne pas omettre une disposition toute spéciale de la coutume de Paris relative au don mutuel. L'art. 281 autorise les époux qui ont des enfants à se donner réciproquement, en mariant ces enfants, la jouissance de leurs biens meubles et conquêts : mais ce don mutuel est définitivement perdu pour le survivant, s'il convole en secondes noces. Cette règle est visiblement inspirée par l'intérêt des enfants du premier lit qui viennent immédiatement recueillir, dans ce cas, l'usufruit dont se voit dépouiller leur auteur.

Quant au danger qui pouvait résulter pour les enfants de libéralités excessives faites, avant mariage, par leur père ou leur mère à son nouveau conjoint, nous avons vu comment l'Edit des Secondes noces avait réussi à le conjurer.

Mais, hélas ! en dépit de toutes les précautions, mille fraudes étaient encore possibles et s'il faut en croire les contemporains, trop fréquentes. « Epouser une veuve,

1. Section II, paragraphe 2.

dit La Bruyère, signifie, en bon français, faire sa fortune » (1). Molière, qui se souvient de ses études juridiques, nous donne une liste fort complète des expédients imaginés par des praticiens sans scrupules pour éluder les prohibitions de la Coutume et dépouiller au profit du second époux les enfants du premier mariage (2).

1. *Des biens de fortune.*

2. *Le malade imaginaire.* Acte I, Scène 9.

M. de Bonnefoi (à Argan) : « Vous pouvez choisir doucement un ami intime de votre femme auquel vous donnerez en bonne forme, par votre testament, tout ce que vous pouvez ; et cet ami, ensuite, lui rendra tout. Vous pouvez encore contracter un grand nombre d'obligations non suspectes au profit de divers créanciers qui prêteront leur nom à votre femme et entre les mains de laquelle ils mettront leur déclaration que ce qu'ils en ont fait n'a été que pour lui faire plaisir. Vous pouvez aussi, pendant que vous êtes en vie, mettre entre ses mains de l'argent comptant ou des billets que vous pourrez avoir au porteur ».

Donation par personne interposée, libéralité déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux, don manuel, tels sont les moyens trop souvent employés pour déjouer les précautions du législateur.

V. l'intéressante étude de M. Depeiges sur « *Molière légiste* », discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour d'appel de Riom le 17 octobre 1898).

APPENDICE

Les Pays de Droit écrit.

Nous avons étudié jusqu'ici la protection des enfants de premier lit en pays de Coutume. Sans doute, à partir de la renaissance du XII^e siècle, les lois romaines ont acquis peu à peu, même dans ces régions, « une autorité de doctrine comme raison écrite et comme droit commun de la chrétienté... Le droit romain planait au-dessus des coutumes et des lois positives, comme une sorte de logique universelle appliquée au Droit; on y trouvait des règles d'interprétation, des règles supplétives, des analogies fécondes » (1). Nous avons été appelé à le constater au cours de nos recherches; et notre sujet est peut-être un de ceux où son influence s'est fait le plus tôt et le plus clairement sentir. Mais, dans nos pays coutumiers, jamais il n'a supplanté d'une façon complète les dispositions originales du vieux fonds germanique.

Dans le Midi, au contraire, rencontrant un terrain bien préparé, appliquées de longue date, connues dès la conquête des Gaules, les lois romaines avaient été adoptées sans résistance. Ce fut d'abord le droit du Code Théodo-

1. Klimrath. *Histoire du droit français*, édit. Warkoenig; p. 220.

sien, puis, dès la fin du XII^e siècle, celui des compilations justiniennes qui resta en vigueur. En notre matière, il était fidèlement suivi; cependant, la jurisprudence modifiait sur certains points les dispositions du Code et des Nouvelles.

Pour ce qui a trait au droit de garde et d'éducation, les décisions des parlements de Grenoble et de Bordeaux atténuent un peu les rigueurs des constitutions byzantines : la mère remariée ne perd pas nécessairement le droit de conserver auprès d'elle ses enfants du premier lit (1). Mais à Toulouse et dans toute la Provence (2), les lois romaines sont strictement suivies : l'éducation et la garde des enfants du premier mariage sont retirées à la mère qui convole en secondes noccs. Cambolas trouve cette mesure trop sévère et pense que mieux vaudrait s'en remettre à la sagesse du juge qui statuerait suivant les circonstances (3), et pourrait sans inconvénients, laisser, dans certains cas, les enfants aux soins maternels.

Dans toutes les provinces soumises au droit écrit, il était admis que la veuve pouvait être chargée de la tutelle par le juge. Certaines régions reconnaissaient même, à l'imitation complète du droit romain, la tutelle légitime dévolue de plein droit à la mère, lors de la dissolution du mariage; et, dans le ressort du parlement de Toulouse, on n'exigeait point sa renonciation au bénéfice du Velléen. Mais, nous avons déjà vu, en étudiant les constitutions

1. Dupin. *Sec. noccs*, tit. III, chap. 8, n^os 43 et suiv.

2. V. notamment un arrêt d'Aix du 13 mars 1658.

3. Cambolas. *Décisions notables du parlement de Toulouse* (Toulouse; 1744). Liv. IV, chap. 24.

des empereurs byzantins, que les femmes, naturellement incapables des fonctions de tutrices, n'ont été appelées que par une sorte de grâce à la tutelle de leurs enfants : « Cette grâce n'a eu pour motif que l'affection vive et tendre dont le législateur a cru que la mère serait toujours animée pour le fruit de ses entrailles ; et comme un deuxième mariage fait évanouir cette présomption, il a bien fallu qu'on privât de la tutelle la mère qui convolerait à de secondes noces » (1). Cette déchéance en cas de second convol était de règle dans tous les pays de droit écrit. Comme en droit romain (2), comme aussi dans les pays coutumiers que nous avons vus admettre les femmes à ces fonctions, la mère tutrice devait rendre ses comptes et provoquer la nomination d'un nouveau tuteur, avant de passer à de secondes noces. La négligence de ces formalités lui faisait encourir les peines qui frappent la femme remariée dans l'an de deuil (3). Le parlement de Toulouse aggravait encore la situation de la mère : il lui appliquait les peines de l'an de deuil toutes les fois qu'elle n'avait pas fait pourvoir ses enfants d'un tuteur, avant de se remarier, qu'elle fût tutrice ou non. Quand la veuve tutrice se remariait sans avoir satisfait aux prescriptions des Nouvelles, le second mari était responsable de la ges-

1. Merlin. *Répertoire*. v°. Tutelle.

2. Nov. 23 cap. 40 et 94 cap. 2.

3. C'est-à-dire toutes les déchéances prononcées par les lois romaines et ci-dessus énumérées, sauf la note d'infamie. Le ressort du parlement de Bordeaux faisait exception : les peines des secondes noces n'y étaient pas appliquées à la mère tutrice, dans notre hypothèse.

tion ; et sa responsabilité ne prenait pas naissance seulement au jour du convol, comme en pays de coutume ; elle s'étendait à toute l'administration des biens des mineurs, à dater du jour où sa femme avait été investie de la tutelle, par conséquent à une époque où il n'avait pu être mêlé en rien à la gestion. Les parlements décidèrent d'abord qu'il existait, à ce point de vue, entre les deux époux, une véritable solidarité : mais ils revinrent peu à peu sur cette première idée vraiment rigoureuse pour le second conjoint : ce dernier ne tarda pas à se voir accorder le bénéfice de discussion ; il n'était plus considéré que comme simple caution (1).

Si, des mesures relatives à l'éducation, à la garde et à la tutelle des enfants de premier lit, nous passons à la protection de leurs intérêts pécuniaires et de leurs droits successoraux, nous trouvons là encore, l'application des lois romaines. Les constitutions *Feminæ*, *Generaliter* et *Hac Edictali* étaient observées dans tout le Midi. Quelques dispositions originales sont pourtant à signaler.

Comme en droit romain, l'époux remarié ne conservait que l'usufruit des biens provenant de son précédent conjoint ; mais on se demandait s'il avait le droit de faire de ces biens un partage inégal et de favoriser à son choix l'un des enfants. Cette question fut l'objet d'assez vives controverses à partir du moment où les jurisconsultes commencèrent à étudier les compilations de Justinien. Nous savons que la loi *Feminæ* avait accordé au conjoint remarié le droit d'élection entre ses enfants : ce droit, la

1. Ferrière. *Traité des tutelles*, (Toulouse 1766).

Novelle 22 était venue le lui retirer. La plupart des parlements méridionaux adoptèrent sagement la disposition de la Novelle (1) ; toutefois, un arrêt du Parlement de Bordeaux décida en 1620, contrairement à ces principes et à sa propre jurisprudence antérieure, que le père remarié doit jouir du droit d'élection.

En ce qui concernait les droits de la mère remariée sur la succession de ses enfants, on s'écartait des règles romaines. La mère, dans la succession *ab intestat*, était privée de tout ce qui provenait du père, son premier mari : l'on ne distinguait pas selon que le convol de la mère était ou non antérieur au décès de l'enfant (2).

Enfin, les gains de survie, en cas de convol du bénéficiaire, passaient le plus souvent aux enfants du premier mariage. Les pays de droit écrit ont connu une libéralité matrimoniale qui rappelle par bien des côtés le douaire usité en pays de coutume : nous voulons parler de l'*augment de dot*, donation du mari à la femme, dont la quotité variait suivant les régions et correspondait soit à une fraction, soit à un multiple de la dot constituée (3). Dans certaines régions, l'augment n'était pas légal : en Provence, par exemple, il devait être formellement établi, et son montant fixé par le contrat de mariage. Le *contre-augment* était le gain de survie du mari : par la survie, ce dernier gagnait généralement la dot tout entière. S'il y

1. V. Arrêts de Bordeaux, 1558 et de Toulouse, 1678.

2. Dupin ; *op. cit.* t. III ; ch. 4, n^{os} 23 et suiv.

3. A Toulouse, et dans les pays de Foix, de Comminges et de Lauraguais, l'augment était égal à la moitié de la dot : à Bordeaux, il était égal au double.

avait des enfants, l'augment de dot et le contre-augment se trouvaient réduits : le conjoint survivant ne gardait plus la propriété que d'une part d'enfant ou part virile dont il pouvait disposer durant sa vie, tant qu'il restait en viduité ; il avait l'usufruit du surplus des biens, montant de son gain de survie. En cas de second convol, il encourait la déchéance de la portion virile et ne gardait que l'usufruit de la totalité. A son décès, l'augment devait faire retour aux enfants du premier lit à l'exclusion de ceux qui auraient pu naître du second mariage. Il y a là, fait remarquer M. Boissonade, un souvenir de la Nouvelle 127 de Justinien, et aussi une certaine ressemblance avec la *dévolution* du Nord (1).

De même que nous avons vu, en pays coutumiers, les enfants du premier lit substitués au douaire de la veuve, de même, dans les pays de droit écrit, ils sont substitués à l'augment de dot et aux gains de survie en général (2).

Le montant de la quotité disponible en faveur du nouvel époux était limité en vertu de la loi *Hac Edictali*, à une part d'enfant le moins prenant. Cujas était même d'avis que les termes de la loi romaine devaient être appliqués à la lettre : l'époux ne pourrait recevoir plus que l'enfant du premier lit, alors même que cet enfant aurait été réduit à une portion inférieure à sa légitime.

1. Boissonade ; *op. cit.* p. 282.

2. Il faut excepter les droits d'habitation et de viduité proprement dits (deuil et nourriture pendant une année) V. Boucher d'Argis. *Traité des gains nuptiaux et de survie qui sont en usage dans les pays de droit écrit*, ch. XXIX (Lyon. 1788).

Mais cette solution rigoureuse ne trouva point d'écho dans la jurisprudence : « *cui minor portio*, dit Ferrière se juge jusqu'à la légitime ». En ce qui regarde le partage de l'excédent retranché, on suivait les prescriptions de la novelle 22 : les enfants du premier mariage y étaient seuls admis.

L'Edit de 1560 changea donc peu de chose à la législation des pays de droit écrit qui établissait de si complète façon la protection des enfants de premier lit. Les lois romaines continuèrent d'être observées comme plus favorables à ceux-ci et en vertu même des dispositions finales de l'Edit des secondes noces : «... n'entendons pas ces présentes bailler aux femmes plus de pouvoir et de liberté de donner et disposer de leurs biens qu'il ne leur est loisible par les coutumes des pays auxquelles ne voulons être dérogé en tant qu'elles restreignent la liberté desdites femmes ».

TROISIÈME PARTIE

DROIT INTERMÉDIAIRE (1)

Le bouleversement social de 1789 fait crouler d'un seul coup l'édifice de notre ancien droit aristocratique et religieux. Les législateurs de la Révolution se hâtent de rejeter les principes chrétiens qui avaient, jusque-là, inspiré et pénétré toutes les dispositions relatives aux secondes noces. Le rêve des meilleurs esprits s'obstine dans la poursuite d'un idéal de liberté individuelle absolue et s'indigne de toute apparence de contrainte : on ne se demande pas si quelques-unes des règles de l'ancien état de choses présentent ou non une utilité morale ou sociale : on renverse en bloc tout ce qui ressemble à un frein et l'on brise toutes les entraves. Toutes les prohibitions qui mettaient obstacle aux seconds mariages sont effacées : qu'importe l'intérêt des enfants ? « Ils appartiennent à la République avant d'appartenir à leurs parents ! » (2). Mais que fera pour eux la République, quand leur père ou leur mère resté veuf leur donnera un nouveau maître en prenant un second époux ? Rien. Le lien conjugal indissolu-

1. Voy. Sirey. *Code civil intermédiaire*, 2^e édit. Paris, 1810.

2. Discours de Danton à la Convention. Séance du 22 Frimaire an II. (Réimpression du *Moniteur*, t. XVIII, p. 651).

ble était une contrainte, un fardeau souvent insupportable : désormais les conjoints pourront s'en décharger : la loi du 20 septembre 1792 rétablit le divorce, et comme compensation à ce dangereux remède, pousse les divorcés au remariage. Des enfants, pas un mot. Cette courte période de notre histoire juridique rappelle par plus d'un trait l'époque romaine d'Auguste.

Nous devons examiner quelle fut la condition des enfants de premier lit, depuis le commencement de la Révolution jusqu'à la promulgation du Code civil.

Lorsque l'union conjugale avait pris fin par la mort de l'un des conjoints, il était loisible à l'autre de contracter immédiatement de nouveaux liens.

Après le divorce, le mari pouvait convoler sur-le-champ : un délai d'une année qui fut réduit à dix mois était imposé à la femme (1), au moins dans la majorité des cas. Les lois du 5 brumaire et du 17 nivôse an II ne trouvèrent pas encore assez large la porte ouverte aux seconds convols ; un dernier obstacle venant de la volonté même des parties pouvait les entraver : c'était la clause de viduité apposée à une donation ou à un legs de l'un des époux au survivant : les lois de l'an II se hâtèrent de déclarer non écrite la condition imposée à un veuf ou à une veuve de ne pas contracter un second mariage.

En même temps, la loi du 17 nivôse accordait aux époux la faculté la plus indéfinie de s'avantager : s'ils n'avaient point d'enfants ils pouvaient disposer en faveur l'un de

1. Lois du 20 septembre 1792, du 8 Nivôse an II (art. 3 et 4) ; du 14 Floréal an II (art. 7).

l'autre de la totalité de leurs biens ; s'ils avaient des enfants communs ou issus d'un précédent mariage, ils pouvaient se donner l'usufruit de la moitié seulement. «... Quand il y a des enfants de leur union ou d'un précédent mariage (1), ces avantages, au cas qu'ils consistent en simple jouissance, ne pourront s'élever au-delà de moitié du revenu des biens délaissés par l'époux décédé, et s'ils consistent en des dispositions de propriété, soit mobilière, soit immobilière, ils seront restreints à l'usufruit des choses qui en seront l'objet, sans qu'ils puissent excéder la moitié du revenu de la totalité des biens ».

Ainsi s'exprime l'art. 13 de la loi de nivôse, abrogeant implicitement le premier chef de l'édit de 1560, puisqu'il est applicable au cas où il y a des enfants d'un premier lit, comme au cas où il n'existe que des enfants communs.

Quant à l'obligation imposée naguère à l'époux binube de conserver aux enfants du premier mariage les gains nuptiaux provenant de cette union, il ne saurait être question de la maintenir (2) : l'art. 61 de cette même loi de nivôse déclare, en effet, non avenus « toutes les lois, coutumes, usages et statuts relatifs à la transmission des biens par succession ou donation ».

C'est le renversement brutal de tout l'échafaudage des savantes précautions dont les législateurs des siècles passés s'étaient plu à couvrir les intérêts de l'orphelin.

1. Aucune mesure de protection *spéciale* n'est donc prise en faveur des enfants de premier lit.

2. V. cependant un arrêt de la Cour de Cassation du 2 mai 1808 rapporté par Merlin. *Répertoire*, t. XXI ; p. 186.

La condition de l'enfant de premier lit n'a jamais été plus précaire que durant cette période tourmentée où l'antique organisation de la famille croule sous de multiples assauts, où les lois « ont moins pour but de faciliter les subséquents mariages que d'anéantir le mariage lui-même, et de substituer à cette union indissoluble qui faisait, depuis neuf siècles, la base de la société chrétienne, quelque chose d'analogue au concubinage romain (1) ».

Ce régime, heureusement, fut de courte durée et nous allons voir le législateur de 1804 revenir à de plus saines traditions.

1. Edmond Biré. *Des Secondes noces*, thèse, Paris, 1852.

QUATRIÈME PARTIE

LÉGISLATION ACTUELLE

Les auteurs du Code civil ont eu la vision très nette des difficultés du problème. S'ils ne l'ont point résolu de façon parfaite, il faut, du moins leur savoir gré de leur rupture complète avec les errements de l'époque révolutionnaire et des efforts qu'ils ont faits pour garder la juste mesure dans un sujet aussi délicat que celui qui nous occupe. Les lois de la Rome païenne, au temps d'Auguste, en faisant du convol presque une obligation, s'étaient désintéressées du sort des enfants ; après le triomphe du christianisme, une brusque réaction s'était produite en faveur de ces derniers et à l'encontre des seconds mariages. Ces idées nous les avons retrouvées dans notre ancien droit protecteur des enfants de premier lit, pour les voir effacées seulement dans la législation intermédiaire. Quel profit retira des leçons du passé le législateur de 1804 ? Jaubert nous l'apprend en une phrase concise : « L'expérience de tous les temps a prouvé, dit-il, combien la loi devait veiller à ce qu'un second époux ne pût trop préjudicier à des enfants dont l'origine ne laissait que trop souvent des souvenirs importuns (1) ».

1. Rapport de Jaubert au Tribunal à la séance du 9 floréal an XI, v. Fenet. *Recueil des travaux préparatoires, du Code civil*, t. XII, p. 621.

Ainsi donc, les auteurs du Code civil ont reconnu la nécessité de veiller aux intérêts des enfants de premier lit : mais il ne leur a point semblé indispensable pour cela de frapper ou, même d'entraver les seconds convols, pas plus qu'ils n'ont pensé devoir les favoriser : « Quelques auteurs du siècle, dit Portalis, ont demandé que l'on encourageât les mariages : ils n'ont besoin que d'être réglés ». En cette délicate matière, il vaut mieux se garder d'un zèle intempestif dans un sens comme dans l'autre et se contenter de protéger le mieux possible tous les intérêts respectables. Vouloir sauvegarder les intérêts des enfants en réduisant à rien ceux du second époux, serait une injustice et une faute car, en somme, ainsi que le faisait remarquer, en 1886, M. Piou à la Chambre des Députés, le conjoint qui se remarie « use d'un droit », d'un droit reconnu et consacré depuis des siècles. Or ce serait, en fait violer ce droit, que d'en rendre l'exercice impossible par des précautions exagérées.

On a soutenu, cependant, que certaines dispositions du Code relatives à notre sujet avaient été inspirées par la haine des seconds mariages. Cette manière de voir n'est point exacte et nous croyons difficile de la justifier. Dans aucun texte le législateur n'a fait montre du moindre sentiment de défaveur à l'égard des seconds mariages. Discutant le projet du titre de la Tutelle, le conseiller d'Etat Berlier, rapporteur, se défend d'avoir jamais eu la pensée de frapper les époux qui convolent à de secondes noces (1). Et Bigot-Préameneu, à propos de l'art. 1098,

1. Fenet, *op. cit.*, t. X, p. 571 : «... Quant aux veuves d'artisans,

apprécie en ces termes l'esprit de cette mesure : « C'est une sage disposition que l'on doit moins attribuer à la défaveur des secondes noces, qu'à l'obligation où sont les père et mère qui ont des descendants, de ne pas manquer à leur égard, lorsqu'ils forment de nouveaux liens, aux devoirs de la paternité (1) ».

« Tempérer l'amour conjugal par l'amour paternel » (2) tel a été le but du législateur de 1804 comme celui de la plupart des législations antérieures.

Pour l'atteindre, les rédacteurs du Code civil n'ont cru pouvoir mieux faire que de puiser aux sources romaines : ils ont restauré en grande partie les sages principes que près de quatorze siècles s'étaient transmis presque sans altération (3).

Mais leur œuvre n'a point consisté dans une copie servile ; et s'il faut les louer de s'être écartés résolument de certaines dispositions surannées et peu équitables, il est permis, nous le verrons, de regretter l'abandon de quelques autres.

C'est aux constitutions du Bas-Empire et aussi au droit national des Coutumes que sont empruntées les mesures concernant la puissance paternelle et la tutelle des enfants

aboueurs, etc., ajoute Berlier, il importe même qu'elles se remarièrent, pour l'intérêt de leurs enfants en bas âge, qui retrouvent un appui dans le second mari de la mère ».

1. Exposé des motifs au Corps législatif par M. Bigot-Préameneul. (*Titre des Donations et Testaments*). Séance du 2 floréal an XI, v. Fenet, t. XII, p. 573.

2. Observations du Tribunal d'Appel de Paris. Fenet, t. V, p. 268.

3. Boissonnade, *op. cit.* p. 422.

de premier lit : quant à celles relatives à leurs intérêts pécuniaires, nous en trouvons l'origine directe dans l'Edit des Secondes Noces.

L'art. 161 du projet de Code civil (1), d'où est sorti notre art. 1098 reproduisait même à peu près textuellement les deux chefs de l'Edit ; en voici le texte :

« L'homme ou la femme qui convole à de secondes ou
« subséquentes noces, ayant enfants ou descendants d'un
« précédent mariage, ne peut donner à son nouvel époux
« qu'une part d'enfant légitime le moins prenant, et en
« usufruit seulement.

« Il ne peut disposer à titre gratuit ou onéreux, des im-
« meubles qu'il a recueillis, à titre de don, de son époux
« ou de ses époux précédents, tant que les enfants issus
« des mariages desquels sont provenus ces dons, exis-
« tent, sauf ce qui a été dit au titre des successions, sur le
« partage desdits biens ».

Nous retrouvons là dans deux paragraphes distincts la loi *Hac Edictali* et la loi *Feminæ* : d'une part, restriction de la quotité disponible au profit du second conjoint ; d'autre part, réserve pour les enfants du premier mariage des biens que l'époux remarié tient de la libéralité du prédécédé. Mais, lors de la dernière rédaction du Code, cette disposition fut rejetée (2). L'on n'a pas voulu contrevenir au principe de l'art. 732 qui déclare que la loi ne considère pas l'origine des biens pour en régler la succession

1. Livre III, tit. IX, chap. 8 du projet : *Des donations entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage*. Fenet, t. II, p. 300.

2. Séance du 27 ventôse an XI.

et à l'art. 745 qui appelle tous les enfants à succéder également à leur auteur, encore qu'ils soient issus de différents mariages. Sans doute et surtout, le législateur a considéré que le second chef de l'Edit contient une substitution légale : or l'art. 896 abolit les substitutions.

En revanche, la rédaction définitive du Code contient une sévérité inconnue de l'Edit des secondes noces : il défend que la part d'enfant puisse jamais dépasser le quart des biens du donateur.

Nous n'aborderons pas le commentaire analytique détaillé des dispositions du Code civil, ni la revue complète des décisions jurisprudentielles sur notre sujet. Un tel travail n'entre point dans le cadre de cette étude historique.

Il convient néanmoins, après avoir suivi durant une si longue série de siècles l'œuvre des législateurs, de tracer un tableau succinct mais aussi complet que possible de notre droit actuel et d'examiner comment, au ^{xx}^e siècle, on entend la protection légale des enfants de premier lit.

Un premier chapitre sera consacré aux mesures protectrices de la personne et des biens de l'enfant ; nous y verrons l'influence du second convol de son auteur sur l'exercice de la puissance paternelle et de la tutelle.

Dans un deuxième chapitre, nous étudierons les dispositions relatives à la sauvegarde des droits successoraux de l'enfant (art. 1098 C. civ.) et la situation qui lui est faite par la loi du 9 mars 1891, en face de l'usufruit légal du conjoint survivant. L'art. 1555 du Code civil qui permet l'aliénation des biens dotaux pour l'établissement des enfants de premier lit fera aussi l'objet d'un rapide examen.

CHAPITRE I

Protection de la personne et des biens des enfants issus d'un premier mariage.

Les dispositions que le législateur de 1804 consacre à la protection de la personne et des biens des enfants de premier lit contre les secondes nocés de leur auteur, se trouvent éparses dans le premier livre du Code civil (art. 302, 380, 381, 386, 395, 396, 397, 399, 400). Le père et la mère ont, de par la loi, entre les mains, des pouvoirs fort étendus dont ils doivent user au mieux des intérêts de leurs enfants. Au décès de l'un des conjoints, ces pouvoirs passent au survivant dans une certaine mesure et sous des conditions déterminées. Mais quand ce dernier se remarie, il a paru bon de prendre à son égard quelques précautions et de restreindre l'étendue et l'exercice des pouvoirs dont il pourrait être tenté de mésuser sous l'influence du nouvel époux. Nous étudierons successivement les dispositions du Code civil relatives à la puissance paternelle et à la tutelle de l'ascendant remarié.

SECTION I

PUISSANCE PATERNELLE

Réservé au père seul, tant que dure l'union conjugale, l'exercice de la puissance paternelle est attribué au sur-

vivant, quand la mort vient la dissoudre, et lui reste tant qu'il demeure en viduité. Si ce survivant contracte de nouveaux liens, il cesse, nous l'avons dit, d'inspirer la même confiance au législateur qui redoute pour les enfants des abus de pouvoir. Mais la condition faite aux deux époux n'est point égale : le père remarié conserve dans une plus large mesure que la mère, la puissance paternelle et ses attributs, droit de garde, de correction et de jouissance légale. Nous aurons donc à distinguer entre le convol du père et celui de la mère et à signaler les raisons de la différence établie par la loi.

§ 1. — *Second convol du père. — Restrictions au droit de correction.*

Des divers attributs de la puissance paternelle, le droit de correction est le seul qu'atteigne le second convol du père. D'une façon générale, le père a le droit de faire enfermer et détenir l'enfant contre lequel il a des motifs graves de mécontentement, tant que cet enfant n'a pas atteint sa majorité ou que l'émancipation en l'a pas affranchi de sa puissance. La durée maxima de la détention est de un mois, si l'enfant est âgé de moins de seize ans commencés (art. 376) et six mois, « depuis l'âge de seize ans commencés jusqu'à la majorité ou à l'émancipation » (art. 377).

Ce droit de correction, le père peut l'exercer soit par voie d'autorité, en exigeant sans donner de motifs, du président du tribunal un ordre d'arrestation, soit par voie de réquisition, en adressant à ce magistrat une

requête motivée ; dans ce dernier cas, le procureur de la République est consulté et le président, libre d'accorder ou de refuser la demande ; il peut aussi abréger le temps de la détention requis par le père.

Si ce dernier convole en secondes noces, la situation se modifie : il est, alors, privé du droit d'agir par voie d'autorité et « obligé, pour faire détenir son enfant du premier lit, lors même qu'il serait âgé de moins de seize ans, de se conformer à l'art. 377 » (art. 380) c'est-à-dire de prendre la voie de réquisition (1).

L'enfant contre qui la décision aura été prise, pourra se pourvoir contre elle en adressant un mémoire au procureur général, et celui-ci, après s'être fait rendre compte par le procureur de la République, devra adresser son rapport au premier président de la Cour d'Appel, qui en donnera avis au père et recueillera tous les renseigne-

1. Une controverse s'est élevée sur l'interprétation de l'art. 380, à propos de son renvoi laconique à l'art. 377, en ce qui concerne la durée de la détention de l'enfant du premier lit. Nous nous bornerons à la signaler et à donner la seule solution acceptable qui est celle-ci : Le maximum de la durée de la détention sera de six mois ou d'un mois selon que l'enfant aura ou n'aura pas atteint l'âge de seize ans, mais en toute hypothèse, le père ne pourra obtenir cette détention que par voie de réquisition. V. en ce sens Aubry et Rau, t. V, § 550, note 21 ; Demolombe, t. VI, n. 329 ; Demante, t. II, n. 125 *bis*.

La théorie adverse qui voudrait fixer le maximum à 6 mois quel que fût l'âge de l'enfant du premier lit est évidemment contraire à l'esprit de l'art. 380 qu'elle transformerait en une mesure hostile à l'enfant puisqu'elle généraliserait un maximum qui s'applique seulement, en principe, aux mineurs de plus de seize ans.

ments de nature à l'éclairer sur le bien fondé de la réclamation. Cette enquête une fois faite, le premier président peut révoquer ou modifier, s'il y a lieu, l'ordre délivré par le président du tribunal : Dans le projet primitif du Code civil, le droit d'appel n'était accordé qu'à l'enfant ayant des biens personnels. Cette disposition fut supprimée comme inutile, sur les observations du Tribunal qui fit remarquer, lors de la communication officieuse du 11 vendémiaire an XI, « que, dans tous les cas, rien ne peut empêcher l'enfant détenu d'adresser un mémoire au commissaire près le tribunal d'appel, sans que la loi s'en explique » (1). Le Conseil d'Etat adopta pleinement cette manière de voir : l'appel est ouvert au profit de tous les enfants détenus par voie de réquisition ; toutefois ce recours n'est point suspensif et ne met pas obstacle à leur arrestation.

Indépendamment du moyen de coercition que lui offre la loi, le père, trop souvent, hélas ! s'arroge sur ses enfants un droit de correction qu'il suppose plus efficace : il abuse des châtimens corporels.

Le moindre méfait de l'enfant soigneusement grossi par les rapports de sa marâtre sert de prétexte à des scènes de brutalité. Parfois, ce sont de véritables tortures, des raffinements de cruauté inouïs dont la chronique judiciaire nous a donné et nous donne tous les jours le triste compte-rendu. Il y a dix ans encore, aucune mesure spéciale ne réprimait ces excès : les tribunaux se réservaient un pouvoir de contrôle assez illusoire car « les cas révélés ne le sont que par un hasard, une indiscretion, une dénon-

1. Fenet, t. X, p. 505.

ciation anonyme » (1). Les lois du 24 juillet 1889 et 21 avril 1898 vinrent remédier à la situation en déclarant déchus de la puissance paternelle les auteurs de semblables atrocités. Cette déchéance qui a lieu de plein droit et « à l'égard de tous les enfants et descendants » en cas de condamnation, pourra être encourue, en dehors de toute condamnation, toutes les fois que le père ou la mère compromet par ses mauvais traitements la santé, la sécurité ou la moralité de ses enfants.

La portée des lois de 1889 et 1898 est générale ; elle s'étend à toute l'enfance abandonnée ou maltraitée : mais, en fait, ses clients les plus nombreux sont les enfants de premier lit trop souvent exposés aux sévices d'une marâtre par la faiblesse coupable ou même la complicité de leur protecteur naturel (2).

§ 2. — *Exercice de la puissance paternelle
par la mère remariée.*

En contractant un second mariage, la mère conserve,

1. V. l'exposé des motifs de la loi des 19-21 avril 1898 par M. Henry Cochin (16 janvier 1897).

2. M. Henry Cochin cite trois exemples de sévices révoltants exercés sur de jeunes enfants : sur les trois, deux (affaires Pottier, 3 février 1892 et Florac, 30 août 1892) sont le fait des belles-mères des enfants. Tout récemment, nous avons vu un enfant *de neuf ans* acculé au *suicide* par les mauvais traitements de sa marâtre : en lui donnant un couteau, celle-ci lui disait : « j'espère bien qu'avec ça tu vas me débarrasser ». Le pauvre petit essaya de se tuer et se blessa grièvement : quelque temps après, on le trouva pendu. Le père n'avait jamais fait à sa femme aucune observation. V. *Le Matin*, du 9 janvier 1900.

en principe, la puissance paternelle sur ses enfants du premier lit : c'est ainsi que le Code lui laisse le droit de les garder auprès d'elle, de surveiller leur éducation, de les émanciper, de consentir à leur mariage. Mais il a jugé dangereux de lui maintenir deux des attributs principaux de cette puissance : le droit de correction et le droit de jouissance légale.

A. — *Droit de correction.* — Tant qu'elle reste veuve, la mère peut faire détenir son enfant par voie de réquisition et avec le concours des deux plus proches parents paternels (art. 381). Un second convol lui fait perdre d'une façon complète cette prérogative que nous avons vu le père remarié conserver dans une certaine mesure.

Le législateur a pensé que le père restant le chef de la nouvelle famille qu'il fonde, conservera plus facilement son autorité et son indépendance ; il sera moins accessible à l'influence de la marâtre que la mère remariée à celle de son second époux. On suppose qu'un père de famille aura toujours la force morale nécessaire pour résister aux instigations de sa seconde femme, si cette dernière prend en aversion les enfants du premier lit : on semble croire, au contraire, qu'une mère remariée devra toujours céder à l'influence du parâtre, appuyée sur son autorité de chef et de mari. Il faudra donc lui enlever des mains tout moyen de coercition ! La loi, cependant, ne va pas aussi loin : si la mère est tutrice, le conseil de famille pourra l'autoriser à exercer le droit de correction. L'article 468 décide, en effet, que le tuteur qui aura des sujets de mécontentement grave sur la conduite du mineur,

pourra porter les plaintes à un conseil de famille, et s'il y est autorisé par ce conseil, provoquer la réclusion du mineur conformément à ce qui est statué à ce sujet au titre de la puissance paternelle. Ainsi, ce droit de correction que l'art. 381 retire à la mère en tant qu'attribut de la puissance paternelle, lui est indirectement rendu, quand elle a été jugée digne de garder malgré son convol les fonctions de tutrice, c'est-à-dire quand le conseil de famille a cru pouvoir compter encore sur son intelligence et son amour maternel.

B. — *Droit de jouissance légale.* — Jusqu'à ce que les mineurs aient atteint l'âge de dix-huit ans ou aient été émancipés, le survivant des père et mère doit avoir la jouissance de leurs biens (art. 384).

Cette jouissance légale sur les biens des enfants n'est point retirée au père qui convole en secondes noces : la mère qui se remarie s'en voit, au contraire, dépouiller. (art. 386) Les rédacteurs du Code civil ont essayé de justifier cette différence : « Le père qui se remarie, dit Cambacérès à la séance du Conseil d'Etat du 8 vendémiaire an XI, demeure le chef de la famille, tandis que la mère, par son second mariage, passe dans une nouvelle famille ; il est injuste qu'elle y porte les revenus de ses enfants d'un premier lit, et qu'elle enrichisse à leur préjudice, son nouvel époux » (1). Quelques mois plus tard, Réal, devant le Corps législatif reprenait ces idées en termes à peu près identiques : « Quelques motifs, dit-il, parlaient en faveur des mères qui ne se marient que pour conserver à leurs

1. Loqué. *Esprit du Code Napoléon*, t. III, p. 322.

enfants l'établissement formé par le père, mais cette exception ne peut effacer l'inconvenance qu'il y aurait à établir en principe que la mère peut porter dans une autre famille les revenus des enfants du premier lit, et enrichir son époux à leur préjudice (1) ». Toujours les mêmes raisons, traditionnelles depuis les lois romaines : *imbecillitas animi*, *fragilitas sexus*, femme *loco filiæ*, mari tout-puissant ? N'est-il pas aussi injuste de voir un père porter à sa seconde femme les revenus de ses enfants ? Croit-on que le père ne sera pas aussi faible devant les caprices de sa seconde femme que la mère devant les exigences de son second mari ? « Sans doute, le père remarié exercera lui-même son droit de jouissance, mais il sera tenté d'en faire profiter sa femme et ses enfants du second lit, et en fait, il ne résistera guère à la tentation. Quoi qu'il en soit, *statuit lex* » (2). Il est permis de le regretter.

C. — *Droit de garde et d'éducation*. — Privée du droit de correction et du droit de jouissance légale, il peut paraître étrange que la mère remariée conserve le devoir de garder auprès d'elle ses enfants et de surveiller leur éducation. Telle est la loi, cependant : on laisse l'enfant du premier lit aux mains de sa mère, en même temps qu'on enlève à celle-ci le moyen de faire respecter son autorité et le dédommagement pécuniaire que devraient mériter ses soins.

Obligés de résider dans la même maison que leur pa-

1. Séance du 23 ventôse an XI. Exposé des motifs de la loi relative à la puissance paternelle. Fenet ; t. X ; p. 523.

2. Baudry-Lacantinerie. *Précis de droit civil*, t. I, n° 982.

râtre, les enfants du premier mariage sont soumis, en fait, à son autorité et à son influence.

Cette influence pourra souvent leur être néfaste. N'est-il pas à craindre que la mère ne subisse l'ascendant de son second mari au point de lui laisser usurper les pouvoirs qu'elle tient de la loi ? Si cet homme a pris en aversion ses beaux-fils, qui l'empêchera de négliger ou de fausser leur éducation, de les maltraiter, de les brutaliser même ? Une mère qui abdique ainsi entre des mains indignes, abuse évidemment de la puissance paternelle : elle tombe sous l'application de la loi de 1889 et doit, à notre avis, encourir la déchéance prononcée par cette loi.

D. — *Droit d'émancipation.* — La mère conserve, malgré son second mariage, le droit d'émanciper ses enfants de premier lit : c'est là un attribut de la puissance paternelle que le législateur a jugé bon de lui garder. Mais on peut se demander si elle a besoin, pour cela, de l'autorisation de son second mari ? Nous répondrons sans hésiter par la négative. La femme mariée n'est incapable que dans les termes des art. 215 et 217, c'est-à-dire uniquement quand il s'agit de sa personne et de ses biens. A quel titre interviendrait ici le second mari ? Serait-ce comme participant à la puissance paternelle ? Assurément non. Comme mari autorisant sa femme ? Pas davantage, puisque l'émancipation est un droit de famille, et que la femme mariée n'est dépendante qu'en ce qui touche sa propre personne et la disposition de ses biens. La mère qui a convolé en secondes noces a des devoirs à remplir vis-à-vis de ses enfants du premier lit et son nouveau con-

joint qui est pour eux un étranger, ne saurait intervenir dans leur accomplissement.

E. — *Droit de consentir au mariage.* — Aux termes de l'art. 149, « si l'un des père et mère est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit. » La mère, survivante peut donc consentir seule au mariage de ses enfants du premier lit. Si elle se remarie, la loi ne lui enlève point cette prérogative. Les travaux préparatoires du Code Civil ne laissent aucun doute à cet égard. La section de législation du Conseil d'État avait proposé de substituer le conseil de famille à l'époux remarié après un divorce prononcé contre lui : mais cette disposition a été repoussée et le législateur de 1884 n'a pas cru devoir y revenir. Ainsi, la mère remariée, soit après la mort de son premier conjoint, soit après un divorce même prononcé contre elle (1) conserve toujours le droit de consentir, le cas échéant, au mariage de ses enfants de premier lit. L'art. 149 du projet le déclarait formellement : le consentement du survivant suffit « encore qu'il ait contracté un second mariage. » Sur la proposition de Réal ces derniers mots furent supprimés comme inutiles. (2) Si les auteurs du Code civil n'ont pas cru devoir édicter ici des mesures spéciales, c'est qu'ils ont pensé que relativement au mariage, l'intérêt du nouvel époux ne serait presque jamais contraire à celui des enfants du

1. Dans ce dernier cas, il faut, bien entendu supposer que le père se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté : sans quoi c'est à lui que revient le droit de consentir.

2. Séance du conseil d'Etat du 26 Fructidor an IX. Fenet T. IX p. 18.

premier lit (1). Ils n'ont pas voulu augmenter les complications et multiplier les entraves autour du mariage (2). Tant que les enfants n'ont pas atteint leur majorité matrimoniale, ils seront donc obligés de demander le consentement de leur auteur remarié, et au refus de celui-ci, ils devront recourir à l'acte respectueux. Est-il besoin d'ajouter que le nouvel époux ne peut intervenir à aucun titre dans cette question familiale ?

§ 3. — *Garde des enfants en cas de divorce.*

Quand l'union conjugale est dissoute par le divorce, les enfants, en principe doivent être confiés à l'époux qui l'a obtenu : cependant, sur la demande de la famille ou du ministère public, le tribunal peut ordonner que leur garde et leur éducation seront remises à l'autre époux ou à une tierce personne ; il en sera ainsi toutes les fois que l'exigera l'intérêt des enfants (art. 302).

Quelle sera l'influence d'un second convol du gardien sur le droit qui lui a été délégué ? Nous ne devons pas songer à appliquer ici les règles posées pour la puissance paternelle ou la tutelle au cas de remariage après décès

1. V. Laurent, II, 315. Demolombe, III, 45. Aubry et Rau t. V. § 462. Delvincourt (t. I p. 55 note 6) refuse à la mère le droit de consentir au mariage de ses enfants du premier lit, quand elle n'est pas tutrice ; mais ses arguments ne sont rien moins que concluants. Demolombe, *loc. cit.*, donne d'une façon très complète l'exposé et la réfutation de cette théorie.

2. V. Frank Bernard. *Etude sur le consentement des ascendants au mariage des enfants*. Thèse Paris, 1899, p. 171.

du conjoint, en admettant que la personne chargée de la garde soit le père ou la mère des mineurs ; et, dans le cas où le gardien est une tierce personne, on chercherait vainement dans les dispositions que nous avons examinées aux paragraphes précédents un principe applicable. Nous croyons qu'il convient de s'en tenir aux dispositions de l'art. 302 et aux solutions jurisprudentielles qui l'expliquent et le développent. Le législateur a confié le droit de désigner le gardien au tribunal qui a prononcé le divorce ; il exige aussi que ce même tribunal remplace le gardien lorsque l'intérêt des mineurs le demande : c'est donc une question de fait à résoudre par le juge que de savoir si le second convol de leur gardien porte ou non préjudice aux intérêts des enfants. Dans le premier cas, il devra commettre à une autre personne le soin de leur surveillance et de leur éducation si, au contraire, il estime que le remariage du gardien ne peut occasionner pour eux aucun inconvénient, il les laissera à ses soins.

SECTION II.

TUTELLE.

A la mort de l'un des époux, la tutelle appartient de plein droit au survivant des père et mère (art. 390).

Le législateur a-t-il cru devoir apporter, dans l'intérêt des enfants, quelques restrictions au droit commun pour le cas où le conjoint survivant se remarie ? Les enfants du premier lit devront-ils, en ce cas, rester soumis à la puissance tutélaire de leur auteur ?

Les auteurs du Code civil ont jugé bon d'établir ici encore, une distinction entre le second convol du père et

le second convol de la mère. Tandis que des précautions toutes spéciales entourent l'exercice de la tutelle par la mère remariée le père qui passe à de secondes nocces n'est l'objet d'aucune mesure de défiance.

§ 1. — *Le second convol du père est sans influence.*

Le projet du Code civil assimilait le remariage du père à celui de la mère au point de vue de l'influence sur la tutelle des enfants de premier lit. Un secondconvol peut faire douter de l'affection du père aussi bien que de l'affection de la mère ; il est donc juste, disait Tronchet, de les soumettre aux mêmes mesures. A ce raisonnement fort logique, les romanistes répondaient en invoquant les mêmes raisons que nous avons déjà rencontrées lorsqu'il s'est agi de justifier la privation de l'usufruit légal de la mère remariée (1) : le veuf qui se remarie reste chef de famille, il en est autrement de la veuve. Leur opinion l'emporta : on dut, sans doute, considérer aussi que l'influence d'une nouvelle épouse était moins à craindre pour les enfants que l'autorité d'un nouveau mari, que nul ne pourrait être plus apte que le père à veiller à leurs intérêts. Bref, le père remarié se vit conserver la tutelle sans restrictions ni formalités. La situation de la mère est, en pareil cas, bien différente.

1. V. le rapport de Berlier au Conseil d'Etat et son exposé des motifs au Corps législatif le 25 ventôse an XI. (Fenet, t. X, pp. 573 et 641), Bigot-Préameneu s'exprime en termes analogues.

§ 2. — *Influence d'un second mariage sur la tutelle exercée par la mère.*

La loi a voulu empêcher que le second mari ne prenne, en fait sur la tutelle des enfants de premier lit une direction peut-être néfaste, et, pour cela, a fait en sorte qu'un contrôle sérieux fût établi et une surveillance exercée sur la mère tutrice qui contracte une nouvelle union. L'art. 395 décide que : « Si la mère tutrice veut se remarier, elle devra, avant l'acte de mariage, convoquer le conseil de famille qui décidera si la tutelle doit lui être conservée. A défaut de cette convocation, elle perdra la tutelle de plein droit : et son nouveau mari sera solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle qu'elle aurait indûment conservée ». Le Code civil fait donc perdre à la mère qui se remarie la tutelle légale (1) ; en effet, si la mère remplit les formalités, prescrites par l'art. 393, et que le conseil de famille lui conserve la tutelle, ce sera une tutelle dative : si elle ne se conforme pas à ces formalités, elle est déchue de plein droit de ses fonctions. Nous devons examiner successivement ces deux hypothèses : Ou bien la mère n'a pas convoqué le

1. C'était, nous l'avons vu, la solution généralement suivie dans notre ancien droit. *En ce sens*, Aubry et Rau. t. I, §§ 99 bis, p. 409. Demolombe (t. VII, n° 133) soutient, au contraire, que la tutelle conservée à la mère par le conseil de famille est toujours la tutelle légale. Laurent (t. IV, n° 388, p. 513) déclare que la mère ainsi maintenue dans ses fonctions « est tutrice légale et dative tout ensemble. »

conseil de famille avant l'acte de mariage, comme la loi lui en fait un devoir : ou bien elle l'a convoqué.

a). — La mère n'a pas convoqué le conseil de famille avant l'acte de mariage.

Dans ce cas, nous venons de le voir, elle perd la tutelle légale « de plein droit. » Le conseil de famille n'aura donc pas à prononcer la déchéance, et il y a lieu, par le fait même, d'organiser une nouvelle tutelle : les tiers ne seront plus obligés de reconnaître à la mère le pouvoir d'agir au nom des mineurs. Mais, jusqu'à ce qu'il ait été pourvu à son remplacement, elle reste tutrice de fait, et responsable de sa gestion : ses biens continuent à être grevés de l'hypothèse légale qui les frappait auparavant. L'art. 395 en qualifiant de tutelle la gestion indûment conservée indique par là que cette gestion doit, en ce qui concerne les obligations de la mère et les garanties du mineur, être assimilée à une tutelle proprement dite (1).

Quant au second mari, il est considéré comme co-tuteur de fait et solidairement responsable « des suites » de la tutelle. En principe cette responsabilité se justifie aisément : le second mari est complice de la faute de sa femme ou de sa négligence à convoquer le conseil de famille, de plus, il ne peut manquer d'exercer une influence peut-être considérable sur les actes de gestion accomplis par celle-ci : il est de toute équité qu'il en porte les conséquences. Mais dans quelle mesure ; sera-t-il responsa-

1. *Sic* Valette sur Proudhon, t. II, p. 289, obs. 6. Demolombe, t. VII, n° 123 et 124. Aubry et Rau, t. I, p. 406 § 99 *bis* et III, 264 *bis*. Demante et Colmet de Santerre, t. IX, n° 82 *bis*.

ble même de la gestion antérieure à son mariage? Ses biens seront-ils aussi grevés de l'hypothèque légale?

La majorité de nos auteurs et une jurisprudence aujourd'hui constante décident que la responsabilité du second mari s'étend même à la gestion tutélaire antérieure au mariage. Ce système rigoureux était, nous l'avons vu, celui de nos pays de droit écrit; des jurisconsultes tels que Domat (1) Ferrières et Pothier (2) le soutenaient en pays de Coutume. Pour soutenir qu'il est également celui du Code civil, on s'appuie sur la généralité des termes de l'art. 395 qui déclare le mari responsable sans distinction « de toutes les suites de la tutelle indûment conservée ». Il semble bien, dit-on, que cette expression embrasse les actes de gestion antérieure au même titre que ceux de la gestion postérieure au second convol. L'art. 396 qui statue sur la responsabilité du nouvel époux co-tuteur de droit, lui demande seulement compte « de la gestion postérieure au mariage ». Une telle différence dans la rédaction de ces deux articles n'exige-t-elle point pour chacun d'eux une interprétation spéciale? N'est-il pas vraisemblable que le législateur ait voulu se montrer plus sévère pour le mari co-tuteur de fait qui n'a point de titre, que pour le mari co-tuteur de droit, lequel gère en vertu d'un titre régulier? Malgré les apparences de solidité de ce système et les autorités éminemment respectables dont il se recommande, nous ne croyons pas qu'il ait été celui des rédacteurs du Code civil. Le projet primitif était ainsi

1. *Lois civiles*, édition Remy. V^e vol., liv. II. tit. I, sect. 3, n^o 37, p. 421.

2. *Hypothèques*, 3.

rédigé « Si la mère veut se remarier, elle devra, avant l'acte de mariage, convoquer le conseil de famille qui décidera si la tutelle doit lui être conservée ; à défaut de cette convocation, elle perdra la tutelle de plein droit, et son second mari sera solidairement responsable de l'indue gestion qui aura eu lieu *depuis le nouveau mariage* (1) ». Dans le but de lever l'équivoque pouvant résulter du mot *indue* gestion, et pour bien marquer que la responsabilité devait s'appliquer également au défaut de gestion, le Tribunal proposa de modifier la rédaction en disant d'une façon à la fois plus générale et plus concise que « le mari serait responsable avec elle depuis le nouveau mariage ». Le Conseil d'Etat a omis ces derniers mots dans la rédaction définitive, mais rien ne prouve qu'il l'ait fait intentionnellement. L'art. 395 rend bien le mari responsable de toutes les suites de la tutelle, mais de la tutelle *indûment conservée*. Or ce n'est qu'à partir du second mariage que la mère conserve indûment la tutelle. Vouloir faire remonter la responsabilité du second mari à une époque antérieure à son convol, serait exorbitant et injuste ; il ne peut répondre d'une gestion à laquelle il est resté totalement étranger. On nous objecte que telle était pourtant la solution de notre ancien droit : il serait plus juste de dire la solution du droit romain. Nous ne trouvons rien de semblable dans les pays de Coutume et si les pays de droit écrit, si même des jurisconsultes coutumiers de la dernière période tels que Domat et Pothier ont admis ces rigueurs excessives, c'est sous l'influence de la tradition byzantine des peines des secondes noces.

1. Fenet, t. 10, pp. 596-597.

Nous croyons donc que la responsabilité du second mari doit être limitée à la gestion postérieure au mariage (1). Mais, à dater du jour de son convol, une véritable co-tutelle de fait lui est attribuée et ses biens, comme ceux de la mère, sont frappés au profit des mineurs de l'hypothèque légale (2). Il serait absurde de donner aux enfants moins de garanties quand les nouveaux époux ont violé la loi que lorsqu'ils s'y sont conformés en réunissant le conseil de famille. Or nous verrons que dans ce dernier cas, le mari co-tuteur de droit voit grever ses immeubles de l'hypothèque légale : co-tuteur de fait il n'en doit pas être exempt.

Lorsque la mère a perdu la tutelle pour n'avoir pas rempli les formalités prescrites par l'art. 395, le conseil de famille, nous l'avons dit, doit être réuni le plus tôt possible afin de pourvoir à son remplacement (3). C'est au juge de paix, au subrogé-tuteur, à un parent, à un créancier des mineurs de prendre l'initiative de la convocation. Mais la déchéance qui frappe la mère ne doit pas être assimilée à une exclusion ou à une destitution (4) : elle n'entraîne point les mêmes conséquences.

1. *En ce sens*, Laurent. IV, 389. Demolombe, VII, 426 et suiv.

Contra Delvincourt I, p. 274. Duranton III, 426. Troplong. *Hypothèques*, II, 426, Valette sur Proudhon, II, p. 290. Aubry et Rau I, 99 *bis*. Demante et Colmet de Santerre, II, 144 *bis*. Baudry-Lacantinerie, I, 847, etc.

2. *Sic* Demante et Colmet de Santerre, II, 144 bis. Pont, *Privilèges et Hypothèques*, I, 500.

3. Il n'y a pas lieu, en effet, à la tutelle des ascendants qui ne peut s'ouvrir qu'après le décès des père et mère.

4. V. art. 443, 444, 445, C. civ.

Ainsi, la mère qui a perdu la tutelle faute d'avoir réuni le conseil de famille ne deviendra pas incapable d'en faire partie : elle devra même, en sa qualité, être appelée à celui de ses enfants du premier ou du second lit. Bien plus, le conseil de famille pourra parfaitement lui rendre son titre et ses fonctions de tutrice (1), et dans ce cas, le second mari sera nécessairement co-tuteur. Nous verrons, en effet, que, dans l'esprit du législateur, la co-tutelle du second mari est toujours la conséquence forcée de la tutelle de la mère remariée.

Il convient d'envisager maintenant, l'hypothèse où la mère, en passant à de secondes noces, a satisfait aux prescriptions de la loi.

b). — La mère tutrice a convoqué le conseil de famille avant l'acte de mariage.

Le conseil peut alors retirer la tutelle à la mère qui se remarie, ou la lui conserver, suivant qu'il juge ou non que le second convol est de nature à compromettre les intérêts des enfants de premier lit.

1^{re} *Hypothèse*. — Le conseil de famille enlève à la mère la tutelle légale. En ce cas, il doit nommer aux mineurs un tuteur datif suivant les règles du droit commun, mais ce tuteur n'aura point la garde des enfants.

La décision du conseil de famille retirant la tutelle à la mère n'a pas besoin d'être motivée : elle est susceptible de recours (2).

1. Aubry et Rau, t. I § 99 *bis* note 23, Demolombe t. VII, n° 430. Demante t. II, n° 144 *bis*.

2. V. art. 883, C. pr. civ.

Juridiquement, il n'y a aucune responsabilité à ce que le nouveau mari soit nommé tuteur ; mais, en fait, cela se présentera rarement : si le conseil de famille, en effet, croit devoir enlever la tutelle à la mère, c'est la plupart du temps pour éviter l'ingérance du nouveau conjoint.

2^e *Hypothèse*. — Le conseil de famille maintient à la mère ses fonctions de tutrice.

Alors le second mari est nécessairement co-tuteur ; l'art. 396 est formel à cet égard. C'est l'application du vieil adage : « Qui épouse la veuve épouse la tutelle », lequel constitue une dérogation notable au principe de l'unité de la tutelle. Si le législateur établit une telle indivisibilité, c'est qu'il a prévu que lorsque la mère conserverait la tutelle, son nouveau conjoint la gèrerait en fait : il a voulu empêcher le nouveau mari de rester, pour ainsi dire, dans la coulisse et d'exercer son action dans l'ombre : c'est pourquoi il lui fait une situation franche, l'obligeant d'assumer la responsabilité de droit.

Le second mari, il importe de le remarquer, n'est co-tuteur que parce que sa femme est tutrice : si la tutelle de cette dernière prend fin pour un motif quelconque, la co-tutelle de son conjoint cesse de plein droit. Mais inversement, pour que la mère puisse conserver la tutelle, il faut que le second mari soit capable, de son côté, d'être tuteur en droit. Si donc il est ou devient incapable ou indigne, il conviendra de ne pas maintenir ou de retirer la tutelle à la mère, on aurait à craindre, en effet, que le mari, malgré son incapacité ou son indignité, ne continuât à s'immiscer dans la gestion au préjudice des enfants (1).

1. Laurent, t. IV, n° 387. Demolombe. t. VII, n° 138.

Dans le cas normal, les époux gèrent ensemble et conjointement la tutelle des enfants du premier lit, en qualité de co-tuteurs datifs (1) : ils ne peuvent faire aucun acte d'administration l'un sans l'autre. Enfin, ils seront solidairement responsables de la gestion postérieure au mariage (art. 396) : chacun d'eux pourra être poursuivi pour le tout. Est-il besoin d'ajouter que les immeubles du co-tuteur sont comme ceux de la mère tutrice, grevés de l'hypothèque de l'art. 2121 ? Cette hypothèque ne prend évidemment pas rang à la même date sur les biens du second mari et sur ceux de sa femme ; elle se place au jour où la responsabilité de chacun a pris naissance.

§ 3. — *Influence du second convol sur le droit accordé aux père et mère de choisir un tuteur à leurs enfants de premier lit.*

L'article 397 accorde au dernier mourant des père et mère le droit individuel de choisir à ses enfants un tuteur parent ou même étranger. Entre les mains du père remarié, ce droit demeure intact. Il n'en est pas de même pour la mère. Si elle a convolé en secondes noces et qu'elle n'ait pas été maintenue dans la tutelle de ses enfants du premier mariage, elle ne peut leur choisir de tuteur

1. *En ce sens* Aubry et Rau. t. 1, § 99 *bis*, p. 409. Ils seront donc soumis aux principes qui régissent la tutelle dative, d'où il suit que le conseil de famille devra exercer les attributions que lui confèrent les art. 454, 455, 456 et 470 C. civ., c'est-à-dire régler par aperçu la dépense annuelle des mineurs, fixer la somme à laquelle commencera pour les deux tuteurs, l'obligation d'employer l'excédant des revenus sur les dépenses, etc.

(art. 399). N'étant pas tutrice lors de son décès, elle ne peut songer à déléguer un pouvoir qu'elle n'a pas ; en outre, si le conseil de famille a cru devoir l'écarter de la tutelle, c'est qu'il avait à son égard des motifs de suspicion légitime ; il pourrait être dangereux de s'en rapporter à son choix. La nomination faite par la mère remariée et non maintenue dans la tutelle est donc nulle et, par suite ne fait pas obstacle à la tutelle des ascendants.

Dans l'hypothèse où les fonctions de tutrice auront été conservées à la mère en dépit d'un second convol, les raisons de se méfier disparaissent. Aussi, lorsqu'elle aura fait choix d'un tuteur à ses enfants du premier lit, ce choix sera valable, à la condition, cependant, d'être ratifié par le conseil de famille, (art. 400). Il n'y aura point lieu à la tutelle légitime des ascendants : si le conseil de famille ne confirme pas la nomination faite par la mère, c'est à lui qu'il appartient de désigner un autre tuteur.

CHAPITRE II

Protection des droits successoraux des enfants de premier lit.

Nous avons vu les lois romaines et notre ancien droit restreindre dans l'intérêt des enfants du premier lit le droit de disposition de l'époux remarié. Les mêmes préoccupations qui avaient dicté la loi *Hac Edictali* et l'Edit des secondes noces ont inspiré les rédacteurs du Code civil.

L'article 1098 reproduit le premier chef de l'Edit de François II en renforçant la prohibition qu'il avait établie. Cet article est ainsi conçu : « L'homme ou la femme qui ayant des enfants d'un autre lit, contractera un second ou subséquent mariage, ne pourra donner à son époux qu'une part d'enfant légitime le moins prenant, et sans que, dans aucun cas, ces donations puissent excéder le quart des biens ». Sur ce disponible déjà restreint, les articles 1496 et 1527 déclarent imputables les avantages qui résulteraient pour le nouvel époux de l'adoption d'un régime matrimonial quelconque, même de la communauté légale.

Nous devons examiner le caractère, le champ d'application et la sanction de la règle ainsi posée.

SECTION I

CARACTÈRE DE LA DISPOSITION DE L'ART. 1098

L'article 1098 établit une réserve pour les enfants de premier lit. Il constitue une règle d'indisponibilité réelle, non d'incapacité personnelle. Cette règle est d'ordre public.

Comme le législateur de 1560, les auteurs du Code civil ont voulu prémunir les enfants du premier lit contre les dangers qui peuvent résulter pour eux d'un second mariage de leur auteur, en resserrant dans des limites plus étroites que celles du droit commun, la quotité disponible en faveur du nouvel époux. Ils n'ont pas voulu punir les nouveaux époux en les frappant d'une incapacité : si les enfants du premier mariage disparaissent, l'époux remarié peut donner à son second conjoint autant qu'il pouvait donner au premier.

Il faut donc appliquer à l'article 1098 les règles qui gouvernent la réserve et non celles qui régissent les incapacités personnelles de disposer. Cette réserve comprend la succession ab intestat, déduction faite de la quotité disponible.

De ce que la réserve est une partie de la succession, il résulte que le droit des enfants de premier lit à la réserve ne s'ouvre qu'avec leur droit à la succession, c'est-à-dire seulement au décès du disposant. Par conséquent, c'est à ce moment qu'on devra se placer pour apprécier le sort de la libéralité faite au nouveau conjoint ; c'est à ce moment que s'ouvre l'action en réduction. Avant cette époque, les enfants n'ont aucune action pour attaquer les

donations excessives ; ils n'ont même pas le droit d'intervenir pour prendre des mesures conservatoires (1) au cas où l'intégralité de leur réserve serait menacée. Ils ne pourront, enfin, renoncer, du vivant du donateur, à leur droit éventuel d'attaquer ses libéralités excessives : en agissant ainsi, ils feraient un pacte sur succession future, interdit par la loi d'une façon absolue (2).

Nous avons dit que la disposition de l'article 1098 est une règle d'ordre public qui est intéressé à ce que le nouveau conjoint d'une personne remariée ne dépouille pas ses enfants issus d'une précédente union au delà de la quotité fixée très équitablement par le législateur. Donc, dans aucun cas, l'époux remarié ne peut disposer d'une quotité plus élevée au profit de son conjoint du second lit. Toute convention contraire serait nulle.

SECTION II

CHAMP D'APPLICATION DES ARTICLES 1098 et 1099

Il convient d'examiner successivement à quelles personnes ils s'appliquent et à quelles catégories de dispositions il faut l'étendre.

§ 1. — *Personnes à qui s'applique l'art. 1098.*

La loi vise « l'homme ou la femme qui, ayant des enfants d'un autre lit, contracte un second ou subséquent

1. V. Aubry et Rau, t. VII, § 690. Ce dernier point est cependant contesté : V. Laurent, t. XV, n° 416 et Demolombe, t. XIX, n° 199.

2. Demolombe, t. XXIII, n° 363.

mariage ». La généralité de ces termes embrasse non seulement le veuf ou la veuve, mais aussi l'époux divorcé qui se remarie ayant des enfants, pour leur défendre de donner au nouvel époux au-delà d'une certaine quotité.

La prohibition n'a d'effet qu'à l'égard du *nouveau* conjoint : par là, nous devons entendre toutes les personnes avec lesquelles l'homme ou la femme peut contracter un second, troisième ou subséquent mariage, mais non le concubin ou la concubine : une donation faite par un veuf ayant des enfants à sa maîtresse ne tomberait pas sous le coup de l'art. 1098 (1).

Dans l'expression « enfants d'un autre lit » le Code comprend tous les descendants légitimes ou légitimés nés ou à naître d'une précédente union, mais non les enfants naturels, ni même les enfants adoptifs (2).

§ 2. — *Dispositions auxquelles s'appliquent les articles 1098 et 1099.*

Le législateur veut restreindre dans certaines limites tout ce qui est susceptible de procurer un avantage au nouvel époux : il embrasse donc toutes les dispositions directes ou indirectes par lesquelles l'époux remarié a favorisé ce dernier.

1^o *Dispositions directes.* — Rentrent dans cette catégorie et ne sont, comme telles permises que dans les limites fixées par l'article 1098 :

1. *Sic* Baudry et Colin. *Donations entre vifs* t, II, n^o 4082.

2. *En ce sens* Aubry et Rau, t. VI, § 560, note 6. Laurent, t. XV, n^o 386, — *contra* Demolombe, t. VI, n^o 163.

Les libéralités entre vifs et testamentaires, d'une façon générale et quelle qu'en soit la forme ; les donations comprises dans le contrat de mariage, comme celles qui ont eu lieu pendant le mariage, voir même celles faites avant le contrat par des actes antérieurs, lorsque le mariage était déjà prévu et projeté au moment où ces actes ont été passés ; en ce dernier cas, il appartiendra aux enfants de premier lit de prouver que la libéralité a été faite en vue d'une union déjà résolue.

Notre article vise également les libéralités mutuelles et réciproques ou faites sous certaines charges, sauf à déduire la valeur des charges ; les donations rémunératoires en tant que leur montant dépasse la valeur des services rendus ; enfin, les dons manuels, donation de sommes d'argent ou de meubles corporels, parfaits par le seul consentement des parties suivi de tradition.

2° *Avantages indirects.* — Nous devons établir ici une distinction, il ne faut pas confondre avec la donation indirecte la donation déguisée et la donation faite par personne interposée. La première résulte d'un acte qui est bien ce qu'il paraît être, d'un acte fait ostensiblement et sans fraude ; la seconde emprunte une fausse apparence, la forme d'un contrat à titre onéreux : elle résulte d'un acte simulé ; pour la troisième, on s'adresse à un intermédiaire, pseudo-donataire, chargé par un pacte secret de restituer au nouveau conjoint que le disposant veut gratifier. Tandis que le législateur se borne à déclarer réductibles les libéralités directes qui excèdent la quotité disponible, il punit et réprime la fraude en déclarant nulles les donations déguisées ou faites par

personnes interposées. Nous nous occuperons successivement des unes et des autres :

a) *Libéralités indirectes soumises à l'article 1098.* — Ce sont tous les actes qui, sans rentrer dans la catégorie des actes de disposition proprement dits, ont pour résultat de procurer un avantage au nouvel époux.

Ainsi l'on doit considérer comme tombant sous le coup de l'article 1098 la simple renonciation faite par le remarié à une succession qu'il était appelé à recueillir conjointement avec son nouvel époux ; de même le fait de vendre 50,000 fr. à ce dernier un immeuble qui en vaut 100,000.

Faudrait-il voir également un avantage indirect dans le bénéfice de l'assurance sur la vie contractée par l'époux remarié au profit du nouveau conjoint ? La question est délicate et a donné lieu à de fort intéressantes controverses que le cadre de cette étude ne nous permet pas d'exposer *in-extenso*. Voici la solution qui nous a paru la plus rationnelle : nous croyons qu'il est impossible de donner une réponse absolue ; la nature de l'opération dépend essentiellement soit des relations antérieures existant entre les parties, soit de leur commune intention au moment de l'acte.

Il n'y a pas à présumer la libéralité plutôt que l'acte onéreux. Si l'époux remarié a voulu payer à son nouveau conjoint une indemnité, en raison d'une obligation contractée par celui-ci avant le mariage, l'art. 1098 sera hors de cause. Mais si le stipulant a voulu avantager son conjoint, ce qui sera le cas le plus ordinaire, il faudra sans hésitation, appliquer à notre texte, sauf à déduire de

la somme versée par la compagnie d'assurance, le montant des primes qu'aura pu acquitter le bénéficiaire (1).

Il est une autre catégorie des profits que le législateur considère, en général, comme acquis à titre onéreux ; lorsqu'il s'agit du droit de disposition de l'époux remarié, elle croit devoir les comprendre dans la disposition restrictive de l'art. 1098. Nous voulons parler des avantages qui résultent du jeu des conventions matrimoniales. Ces conventions traitées en principe comme des conventions entre associés (art. 1516 et 1525) revêtent exceptionnellement le caractère de libéralités réductibles quand l'un des conjoints a des enfants de premier lit. Il n'y a point à examiner quelle a été l'intention des parties ; les textes sont formels : ils n'exigent pas que le remarié ait voulu favoriser son nouvel époux ; ils s'attachent uniquement à l'effet des conventions.

Les avantages indirects de cette catégorie peuvent résulter soit de la communauté légale, soit de la communauté conventionnelle.

L'établissement de la communauté légale peut procurer un avantage à l'un des époux au détriment de l'autre par suite de la confusion des deux mobiliers présents et des dettes respectives. Si, par exemple, le veuf, en passant à de secondes noccs se trouve à la tête de 100.000 francs de valeurs mobilières, il les apporte intégralement à la communauté ; le nouveau conjoint n'ayant, par hypo-

1. *Sic*, jugement du tribunal de la Seine du 7 décembre 1888 (Thierry c. époux Taillefer). *La Loi*, n° du 3 janvier 1889. V. aussi note de M. Planiol sous arrêt Cass. du 22 février 1893. D., 93. I, 401.

thèse que des immeubles, n'apporte rien... que des dettes, s'il en a. Il est évident que l'avantage retiré, dans ce cas, par le nouveau conjoint de l'adoption du régime de communauté légale, est considérable. Le législateur n'a pas voulu que le remarié, en acceptant un régime qui l'appauvrit, compromette irrémédiablement les intérêts des enfants issus de sa précédente union. Aussi l'art. 1496 vient-il décider que : « ... si la confusion du mobilier et des dettes opère au profit de l'un des époux un avantage supérieur à celui qui est autorisé par l'art. 1098, les enfants du premier lit de l'autre époux auront l'action en retranchement ». C'était, nous l'avons vu, la solution déjà admise dans l'ancien droit (1).

Doit-on l'étendre à la confusion du mobilier et des dettes survenues pendant le mariage, par suite, d'un legs d'une succession mobilière, échéant alors à l'un des époux (2)? En présence de la généralité des termes de l'art. 1496, nous ne croyons pas le doute possible; que l'avantage résulte d'une confusion antérieure ou postérieure au mariage, il n'en préjudiciera pas moins, s'il est

1. V. *suprà*, p. 103.

2. Nous avons vu que, sous l'empire de l'Edit des secondes noces, la plupart des auteurs, au contraire du code civil, se prononçaient pour la négative. L'Edit, en effet, employait l'expression *donner*, ce qui pouvait permettre de rechercher l'intention des époux : or, disait-on la pensée d'une libéralité n'a pas dû entrer dans l'esprit des époux en vue d'une chose lointaine et chanceuse comme une succession ; l'enrichissement qui en résulte pour le nouveau conjoint n'est donc pas le fait volontaire du veuf remarié, d'où il suit que cet enrichissement doit échapper à la réduction.

excessif, aux intérêts des enfants ; on ne saurait donc prendre trop de précautions. « Les unions de ce genre, dit M. Planiol (1), sont presque toujours l'effet d'une spéculation de la part du second conjoint. Il accepte la charge d'enfants qui ne sont pas à lui en considération de l'argent qu'on lui apporte, et s'il s'abstient de faire régler par un contrat la situation pécuniaire de ces enfants, c'est qu'il compte s'enrichir à leurs dépens. La vieille expérience qui avait amené le chancelier de l'Hôpital à prendre des mesures contre ces spéculations n'a pas besoin d'être recommencée ; la communauté légale sert à enrichir intentionnellement le second conjoint. Si l'époux remarié se trouve privé du droit de faire des libéralités par testament, c'est qu'il en a fait d'autres sous d'autres formes, dans la mesure où la loi, lui permettait d'en faire ».

Il est loisible aux époux de modifier la communauté légale par une foule de conventions d'où peuvent encore résulter des avantages pour le nouveau conjoint. Clauses d'ameublement, de réalisation, de préciput, de forfait de communauté, adoption de la communauté universelle, autant de façons pour lui de se tailler une part léonine au détriment des enfants du premier mariage. L'art. 1527 a prévu le cas ; il décide que « dans le cas où il y aurait des enfants d'un précédent mariage, toute convention qui tendrait dans ses effets à donner à l'un des époux au-delà de la portion réglée par l'art. 1098 sera sans effet pour tout l'excédent de cette portion, mais les sim-

1. Note sur artel Nancy, 25 février 1891, D. 91, II, 353.

ples bénéfiques résultant des travaux communs, et des économies faites sur les revenus respectifs quoiqu'inégaux, des deux époux, ne sont pas considérés comme un avantage fait au préjudice des enfants du premier lit ». La communauté d'acquêts ne donnera donc pas lieu, en principe, à la réduction de l'art. 1098, car elle ne se compose que du produit des économies et du travail commun, de la collaboration.

b. — Libéralités déguisées ou par personnes interposées. (art. 1099 et 1100). — Celles-ci sont les plus dangereuses. Enserrés dans les limites assez étroites de l'art. 1098, les époux cherchent souvent à éluder les prohibitions légales et n'ont pas de peine à trouver un agent d'affaires ou même un notaire peu scrupuleux qui leur en enseigne les moyens. Les mœurs, à ce point de vue, n'ont pas changé depuis Molière.

Souvent il sera malaisé de démasquer les coupables car le dol, « ce Protée multiforme » suivant la mythologique expression de M. Baudry-Lacantinerie, a mille moyens de se rendre insaisissable. Quoi qu'il en soit, « toute donation déguisée ou faite par personnes interposées, sera nulle » (art. 1099. Nous aurons l'occasion d'examiner plus loin et d'interpréter cette sanction.

SECTION III.

QUOTITÉ DISPONIBLE

Ayant ainsi déterminé le champ d'application de l'art. 1098, il convient de nous demander de quels biens le conjoint remarié pourra désormais disposer en faveur de son nouvel époux. Quel est le montant de cette quotité dispo-

nible ? Comment la combiner avec les dispositions . des art. 913 et 1094 ? Voilà ce que nous devons élucider.

§ 1. — *Montant de la quotité disponible fixée par l'art. 1098.*

Le nouvel époux ne pourra recevoir qu'une quotité égale à la part de l'enfant le moins prenant, jamais davantage : et même, dans aucun cas, le disponible ne peut être supérieur au quart de la succession.

Pour déterminer le droit du nouvel époux, il ne faut pas prendre pour base la quotité que l'enfant qui prend le moins recueille, en fait, dans la succession de son auteur, mais bien la quotité qu'il avait le droit d'y recueillir. Ainsi, supposons que l'un des enfants se contente d'une donation par préciput dont le montant est inférieur à la part qu'il aurait pu obtenir en faisant valoir tous ses droits ; il renonce à la succession : ce ne sera pas d'après le montant de la donation que le droit de son parâtre ou de sa marâtre sera déterminé, mais d'après la quotité qu'en droit, il aurait pu exiger. Si, comme le fait remarquer M. Demolombe (1), cet enfant peut renoncer à ses droits, il ne peut sacrifier les droits du nouvel époux.

Cette interprétation fort rationnelle était déjà celle de l'ancien droit ; elle était consacrée par la jurisprudence des parlements de Paris et de Toulouse.

Quant à la disposition finale de l'art. 1098, nous savons qu'elle était inconnue de l'ancien droit et ne figurait même

1. T. XXIII, n° 582.

pas dans le projet de Code civil (1). Elle est due à l'initiative de Berlier. Il observa « qu'en accordant au nouvel époux la faculté de recevoir une part d'enfant, il serait peut-être convenable de modifier cette règle ; car s'il n'y avait qu'un enfant ou deux du premier mariage, et point du second, le nouvel époux pourrait, en partageant avec eux, avoir la moitié ou le tiers de la succession. Il serait juste d'établir à côté de la règle principale une exception portant qu'elle ne pourra à l'égard du nouvel époux, excéder une quotité quelconque de la succession, par exemple le quart ». Cette motion fut adoptée. Adoptée également une proposition de Cambacérès tendant à permettre à l'époux remarié la disposition en toute propriété de cette portion (2) (le texte primitif, nous l'avons vu, ne l'autorisait à disposer que de l'usufruit).

Pour déterminer la part d'enfant, quels enfants faut-il faire entrer en ligne de compte ? Nous avons dit que la quotité disponible est égale à la part que les enfants doivent recevoir en tant qu'héritiers ; pour calculer cette part d'héritier, il faudra évidemment tenir compte de tous les enfants qui viennent à la succession, c'est-à-dire de tous les enfants légitimes et légitimés du premier et du second lit et des descendants de ces enfants comptés par souches. Les enfants adoptifs et les enfants naturels ne comptent que s'ils acceptent la succession et seulement pour la part légale qu'ils sont appelés à y prendre. Il n'y a pas à s'occuper des enfants renonçants, pas plus que

1. V. *supra*, p. 152.

2. Procès-verbal de la séance du 23 ventôse an XI. Fenet t. XII, p. 417.

des indignes : pour être réservataire et protégé comme tel par l'art. 1098, il faut être héritier. Enfin, l'époux donataire lui-même devra entrer en ligne de compte, du moins quand la libéralité qui lui est faite n'est pas déterminée : alors, pour fixer le montant de la libéralité, on l'assimile à un enfant légitime en lui attribuant une part virile.

Sur quelle masse de biens doit être calculée la part d'enfant ? La formation de la masse sur laquelle doit se calculer la quotité disponible de l'art. 1098 se fera conformément au droit commun (1) et comprendra tous les biens existants dans la succession du *de cujus* au jour de son décès. Si l'époux donateur n'a point fait de libéralités au profit d'autres personnes que son conjoint, c'est sur cette masse totale que ce dernier considéré comme un enfant de plus doit recevoir sa part. Si l'époux donateur a disposé antérieurement avec dispense de rapport au profit de l'un ou de plusieurs de ses enfants, ou bien encore s'il a déposé au profit d'un étranger, les biens donnés devront être préalablement distraits de la masse sur laquelle se calculera la part d'enfant moins prenant (2). Le cas échéant, devra être également prélevée sur la masse la portion de biens revenant aux enfants naturels reconnus (3). Si nous supposons au contraire que la libéralité faite à l'un des enfants n'a pas été faite par préciput, il faudra en réunir fictivement le montant à la masse.

1. Art. 922 C. civ.

2. *Sic.* Aubry et Rau, t. VII p. 281 § 690. Laurent t. XV, n° 388. Baudry-Lacantinerie, t. II n° 775.

3. *En ce sens* Aubry et Rau *loc. cit.*, p. 280. Baudry-Lacantinerie, *loc. cit.*

Ainsi une veuve remariée laisse à son second conjoint une part d'enfant : elle a donné à l'un de ses cinq enfants 20.000 fr. mais sans dispense de rapport. Sa succession s'élève à 300.000 fr. Le legs fait à son second mari sera de 53.000 fr. Il ne serait que de 50.000 si l'on n'avait pas réuni les 20.000 à la masse. Dira-t-on que cette solution porte atteinte à la règle que le rapport n'est dû que par le co-héritier à son co-héritier et qu'il n'est pas dû au légataire ? (art. 857) L'objection serait fondée si le second mari demandait un rapport réel ; mais ce n'est point le cas : ce que demande le second mari, c'est un rapport fictif ou plutôt une imputation par les enfants sur leur part héréditaire de cette somme de 20.000 fr. que l'un d'eux a reçu. Ce n'est là qu'une application des principes du droit commun (1).

Quel est le caractère de la disposition par laquelle l'époux remarié dispose en termes généraux, au profit de son nouveau conjoint, d'« une part d'enfant » (2). Elle constitue, suivant qu'elle est faite par testament ou par donation entre vifs un legs à titre universel ou une donation de biens à venir à titre universel. Dans tous les cas, elle ne peut être déterminée quant à son quantum que par le partage et sera par suite plus ou moins considérable selon qu'il y aura moins ou plus d'enfants venant à la succession. La donation d'une part d'enfant est, de sa nature subordonnée à la condition de survie du donataire. Elle devient caduque par le prédécès de ce dernier. Si, à l'in-

1. V. Demolombe, t. XXIII, n° 594.

2. V. Aubry et Rau. t. VII § 690, p. 287,

verse, c'étaient les enfants qui prédécédaient ou renonçaient tous à la succession, l'époux donataire d'une part d'enfant n'aurait, malgré cette circonstance, droit qu'au quart des biens (1). La question de savoir quelle doit être en pareil cas l'étendue de la donation d'une part d'enfant, est, en effet, une question d'intention. Or on doit supposer que le donateur a voulu conformer sa volonté à la disposition de l'art. 1098 d'après lequel la part d'enfant ne peut jamais s'élever au-dessus du quart des biens.

Nous n'avons envisagé jusqu'ici que l'hypothèse où la libéralité faite au nouveau conjoint consiste en propriété. Il arrive, sans doute, assez souvent qu'un époux ayant des enfants d'un premier mariage, se sente touché de cette considération qu'un legs ou une donation en propriété faite à son nouveau conjoint dépouillerait définitivement les enfants nés de la première union, et se décide à n'avantager son époux qu'en usufruit. Quelles sont les règles applicables dans cette hypothèse ? Nous croyons qu'il y a lieu de s'en référer à l'art. 917 ainsi conçu : « Si la disposition par acte entre-vifs ou par testament est d'un usufruit ou d'une rente viagère dont la valeur excède la quotité disponible, les héritiers au profit desquels la loi fait une réserve, auront l'option, ou d'exécuter cette disposition ou de faire l'abandon de la propriété de la quotité disponible ». Cette règle est générale et rien ne fait obstacle à son application à la quotité disponible entre époux dans le cas de l'art. 1098 (2).

1. Aubry et Rau, *loc. cit.* Demolombe, t. XXII, n° 590.

2. Sic, Demolombe, t. XIX, n° 462. Laurent, t. XV, n° 402. Aubry et Rau, t. VII, p. 499, § 684 *bis*.

Une dernière question reste à résoudre relativement au montant de la quotité disponible qui nous occupe. On sait que l'Edit des secondes noces défendait aux veuves ayant enfants de donner à *leurs nouveaux maris* au-delà d'une part d'enfant le moins prenant ; et l'on s'accordait généralement à dire que cette expression : à *leurs nouveaux maris* devait être entendu dans un sens collectif comme si la loi avait dit : à *tous leurs nouveaux maris ensemble*. L'art. 1098 n'est pas conçu dans les mêmes termes ; il porte : « L'homme ou la femme qui ayant des enfants d'un autre lit, contractera un second ou subséquent mariage ne pourra donner à son *nouvel époux*... etc... » Faut-il en conclure que le père ou la mère remarié plusieurs fois pourra, sous l'empire du Code Civil, disposer d'autant de part d'enfants qu'il aura de conjoints successifs ? Cette solution bizarre a été soutenue (1). Mais elle est aujourd'hui complètement abandonnée et l'on décide avec le législateur de 1560 que le père ou la mère remarié ne peut disposer en faveur de tous ses époux *réunis* que d'une part d'enfant le moins prenant sans que, dans aucun cas, ces libéralités puissent excéder le quart de la succession. Il serait étrange que la protection accordée aux enfants de premier lit dût diminuer en proportion direct du nombre des subséquents mariages !

1. Duranton, t. IX, n° 804 : on arrive avec cette théorie à de résultats impossibles : supposons qu'une personne ayant un enfant se remarie plusieurs fois ; si elle peut donner un quart de ses biens à chaque nouveau conjoint individuellement, elle pourra en cas de quatrième et de cinquième mariage, donner quatre et cinq quarts !

§ 2. — *Combinaison du disponible de l'art. 1098 avec les disponibles des articles 913 et 1094 (1).*

La portion des biens dont une personne peut disposer à titre gratuit, en présence de certains héritiers, est fixée par les art. 913, 915, 1094, 1098. Les art. 913 et 915 déterminent le maximum de cette quotité, les art. 1094 et 1098 indiquent quelle est la part de cette quotité dont un époux peut disposer au profit de son conjoint. Pour mieux dire, il n'y a, en réalité quant à la nature de l'institution juridique, qu'un seul disponible, celui de l'art. 913

1. Art. 913 : « Les libéralités soit par actes entre-vifs, soit par testament, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant légitime, le tiers, s'il laisse deux enfants, le quart, s'il en laisse trois ou un plus grand nombre ».

Art. 915, al. 1 : « Les libéralités par acte entre-vifs ou par testament ne pourront excéder la moitié des biens si, à défaut d'enfants, le disposant laisse un ou plusieurs ascendants dans chacune des lignes paternelle et maternelle ; et les trois quarts, s'il ne laisse d'ascendants que dans une ligne ».

Art. 1094 : « L'époux pourra, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, pour le cas où il ne laisserait point d'enfants ni descendants, disposer en faveur de l'autre époux, en propriété, de tout ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger et en outre, de l'usufruit de la totalité de la portion dont la loi prohibe la disposition au préjudice des héritiers.

Et pour le cas, où l'époux donateur laisserait des enfants ou descendants, il pourra donner à l'autre époux ou un quart en propriété et un quart en usufruit, ou la moitié de tous ses biens en usufruit seulement ».

modifié quant à son montant par les art. 1094 et 1098.

Il ne saurait donc être question de cumuler deux quotités disponibles distinctes, celle des art. 913-915 d'une part, celle de l'art. 1098, d'autre part. Un époux peut-il donner à un étranger la quotité fixée par les art. 913-915 et, en outre, à son conjoint la quotité spéciale fixée par l'art. 1098? Il est certain que non : en effet cette doctrine que tout réproouve aboutit à des impossibilités et se réfute par l'absurde ; elle conduit à réduire démesurément la réserve ou même à la faire descendre au-dessous de zéro. Supposons un enfant de premier lit réservataire. Si l'époux a donné à un étranger tout le disponible ordinaire, soit $\frac{1}{2}$ en propriété et qu'en outre il donne en se remariant, à son nouveau conjoint la quotité déterminée par l'art. 1098, soit $\frac{1}{4}$ en usufruit, la réserve de l'enfant sera de $\frac{1}{4}$ en propriété ce qui est dérisoire ! (1).

On ne peut donc considérer les quotités fixées respectivement par les art. 913-915 et 1098 comme des disponibles distincts susceptibles d'être cumulés.

Une autre hypothèse reste à envisager : une personne ayant des enfants se remarie, après avoir disposé au profit de son premier époux du disponible fixé par l'art. 1094 ; doit-on décider qu'il pourra donner en outre à son second conjoint le disponible de l'art. 1098 ? Nous ne le pensons pas, car ce serait l'anéantissement de la réserve. Il faut

1. Cette théorie du cumul absolu des deux disponibles était cependant admise sous le droit intermédiaire (loi du 17 nivôse an II, décret du 23 ventôse an II, loi du 4 Germinal an VIII) mais le projet de Code civil et le Code lui-même n'ont point confirmé ce système que la doctrine et la jurisprudence actuelles sont unanimes à condamner.

évidemment combiner les deux textes. Deux systèmes sont possibles. Ou bien les deux dispositions réunies ne pourront excéder le quart que l'art. 1098 permet de donner au second époux, de sorte que, si ce quart avait été donné antérieurement au premier conjoint, le droit de disposition serait épuisé. Ou bien le maximum absolu serait celui de l'art. 1094, ce qui laisserait encore au disposant une certaine latitude pour pouvoir gratifier le second époux, mais sans dépasser, bien entendu, quant à ce dernier la limite de l'art. 1098. Ce second système nous paraît le plus juridique et le plus équitable. Vis-à-vis des descendants réservataires, en effet, c'est dans l'art. 1094 que se trouve la règle du disponible entre époux. L'art. 1098 apporte bien une dérogation à cette règle pour une situation exceptionnelle. Mais, du moment que cette restriction est réservée, il est juste de prendre pour disponible absolu celui de l'art. 1094 (1).

SECTION IV

SANCTION DES DISPOSITIONS QUI PRÉCÈDENT.

Toutes les fois qu'une libéralité faite par l'époux rema-

1. Demolombe XXIII, n° 537 *bis*. Les opinions que nous venons d'exposer en les résumant sont loin d'être universellement admises : on trouvera une discussion fort complète des divers systèmes proposés dans l'ouvrage de M. Morillot : *Condition juridique de l'époux survivant* (thèse Paris 1871) p. 452 à 625. La question de concours et de conflits de disponibles est une des plus ardues et des plus controversées du Code civil : nous avons dû la signaler, mais de plus longs développements eussent été, ce semble, déplacés dans une étude historique.

rié à son second ou subséquent conjoint dépassera la quotité disponible, il y aura lieu à réduction, que la libéralité soit faite directement ou indirectement (art. 1098 et 1099 al. 1). Dans le cas où elle est déguisée ou faite par personne interposée, la sanction, nous l'avons vu est plus énergique : c'est la nullité (art. 1099 al. 2).

Examinons ces deux hypothèses.

§ 1. — *De la réduction.*

Nous savons que la réduction s'applique à toutes les libéralités ostensibles, directes ou indirectes : à quel moment l'action en réduction peut-elle être intentée, quelles personnes peuvent l'exercer et en profiter, en raisons de quelles libéralités et de quelle façon ? Voilà ce qu'il convient de rechercher.

1^o *A quel moment la réduction peut être exercée.* — Ce ne peut être qu'au décès du disposant car c'est alors seulement que le droit de réserve prend naissance, et que l'on peut savoir si le disponible de l'art. 1098 a été ou non dépassé. Nous avons déjà signalé les conséquences les plus importantes de ce principe (1).

2^o *A qui appartient l'exercice de l'action en réduction?* — Il semble logique de le réserver à ceux en faveur desquels a été établie la réserve exceptionnelle de l'art. 1098, c'est-à-dire aux enfants du premier lit existant au décès de l'époux remarié, ou s'ils sont morts, indignes ou incapables, à leurs descendants légitimes. De plus, quelles qu'aient été sur ce point les hésitations de l'ancien

1. *Suprà*, p. 109 et suiv.

droit, nous devons décider que ces enfants ou descendants capables de succéder n'auront l'action en réduction qu'à la condition de se porter héritier (1), ce qui exclut les renonçants. Il s'agit, nous l'avons dit, d'une réserve : or, pour pouvoir revendiquer la qualité et les droits d'un réservataire, il est nécessaire d'être héritier : *non habet legitimam nisi qui heres est*.

3° *Qui profitera de l'action en réduction ?* — Si l'action en réduction ne peut s'ouvrir que dans la personne des enfants du premier lit, cela ne veut pas dire qu'ils doivent toujours en avoir le profit exclusif. Nous savons que la loi *Quoniam* qui fut suivie en pays coutumiers admettait au partage de l'excédent retranché et leurs frères et sœurs consanguins et utérins, et même le conjoint donataire (2). Cette solution parfaitement équitable a toutes sortes de raisons d'être maintenue aujourd'hui ; en la repoussant, on aboutirait à favoriser les enfants du premier mariage d'une part plus considérable que les autres, contrevenant ainsi au principe qui donne à tous les enfants du *de cujus* un droit égal sur ses biens (3). Mais de ce que les enfants du second mariage sont admis à profiter de la réduction une fois opérée, il ne faudrait pas conclure qu'ils ont eux-mêmes le droit d'in-

1. Nous avons vu Lebrun, Ricard et Pothier soutenir le contraire, v. la discussion de leur théorie à propos du commentaire de l'édit de 1560, *suprà*, p. 110.

2. Les pays de droit écrit, au contraire, par application de la Nouvelle 22, réservaient le partage de l'excédant aux seuls enfants du premier lit.

3. art. 745 C. civ.

tenter l'action dans la mesure de leur part héréditaire lorsque les enfants du premier lit refusent ou négligent de l'intenter eux-mêmes. Les termes de l'art. 1496 sont formels : « *les enfants du premier lit* auront l'action en retranchement. » Quel droit auraient les enfants du second mariage à attaquer des libéralités qui n'entament pas leur réserve ordinaire ?

Quant au conjoint donataire, nous croyons hors de doute qu'il doit être admis à partager le profit de la réduction opérée contre lui. Les raisons que nous en avons donné plus haut ne cessent point d'être de mise sous l'empire du code civil (1).

4° *En raison de quelles libéralités et de quelle façon doit-on procéder à la réduction ?* — Quand la quotité disponible a été dépassée, il faut distinguer suivant que toutes les libéralités ont été faites au nouvel époux, ou qu'il en a été fait aussi à des étrangers ou aux enfants. Dans la première hypothèse, point de difficulté. Il appartient aux enfants du premier lit de prouver que leur parâtre ou leur marâtre a été avantagé au-delà des limites fixées par l'art. 1098. Cette preuve administrée, on opérera la réduction suivant les règles ordinaires (art. 920 à 930).

La question se complique lorsque les libéralités s'adressent à la fois au nouveau conjoint et à des étrangers ; il s'agit, alors de concilier le disponible de l'art. 1098 avec la règle générale de l'art. 913.

Supposons, d'abord, que des libéralités aient été faites

1. V. *suprà*, p.

à l'époux et à des étrangers à des dates différentes et que la quotité de l'art. 913 c'est-à-dire le disponible maximum se trouve dépassé. Si la première en date n'excède pas le disponible, c'est la seconde seule qui devra être réduite.

Par exemple, une mère se remarie après avoir fait à des étrangers des donations entre-vifs épuisant son disponible : elle ne pourra plus rien donner à son nouveau mari ; si elle trouve néanmoins le moyen de lui faire par contrat ou pendant le mariage, une libéralité, c'est cette seconde libéralité faite à l'époux, qui sera seule réduite, (et dans notre espèce réduite à zéro). A l'inverse, quand le remarié aura commencé par faire des donations à son nouveau conjoint dans les limites de l'art. 1098, il pourra encore disposer en toute liberté de la différence entre ce disponible et celui de droit commun ; si, tout compte fait, ce dernier se trouve excédé, les libéralités faites aux étrangers seront seules réduites.

Que décider pour le cas où les diverses libéralités ont toutes la même date et où leur réunion excède le disponible ? Ainsi, le montant total des legs contenus dans un testament ou des libéralités faites dans un même acte de donation, se chiffre par une quotité excessive : comment procédera-t-on à la réduction ?

L'art. 926 pose bien un principe général : « Lorsque les dispositions testamentaires excéderont soit la quotité disponible, soit la portion de cette quotité qui resterait après avoir déduit la valeur des donations entre-vifs, *la réduction sera faite au marc le franc*, sans aucune

distinction entre les legs universels et les legs particuliers ».

On serait tenté d'appliquer purement et simplement les dispositions de cet article et de réduire les libéralités simultanées faites à l'étranger et au nouvel époux proportionnellement à leur montant jusqu'aux limites du disponible de droit commun (1). Ainsi, Pierre, époux remarié ayant un enfant de premier lit, laisse à son décès une fortune de 100.000 fr. Dans son testament, on trouve un legs de 50.000 fr. à un étranger et un second legs de 25.000 fr. à sa femme. Il a donc disposé de 75.000 fr. alors que, dans notre hypothèse, son disponible (art. 913), n'est que 50.000 : il y a excès pour un tiers des biens donnés, par conséquent 25.000 fr. à retrancher. Il semble très simple d'appliquer ici l'art. 926 : on enlève à l'étranger $\frac{1}{3}$ de ce qu'il a reçu ; on fait de même pour le nouveau conjoint (2) et les libéralités se trouvent ainsi ramenées aux bornes du disponible : l'enfant aura la réserve intégrale que lui attribue la loi ; l'étranger $\frac{1}{3}$ du patrimoine du disposant et le nouveau conjoint $\frac{1}{6}$ de ce même patrimoine. On ne s'aperçoit pas que l'on fait ainsi profiter du disponible maximum le nouveau conjoint, lequel n'a droit qu'au disponible réduit de l'art. 1093 : c'est se tromper que de réduire la part de la femme et celle de l'étranger d'après une même mesure.

1. Ce système simpliste a été préconisé par Toullier. *Droit civil français*, t. V. n° 872.

2. Il reste donc à l'étranger seulement 33.333 fr. et au second conjoint 16.667 fr.

Plusieurs systèmes ont été proposés pour éviter ce résultat inacceptable (1).

Voici celui qui nous semble le meilleur (2). On distingue dans la libéralité faite au bénéficiaire le plus favorisé la portion qu'il peut seul recevoir, soit en propriété, soit en usufruit, pour la prélever réellement à son profit exclusif ; on procède ensuite à la réduction proportionnelle d'après le disponible réduit de l'art. 1098 devenu réellement commun ; la somme que lui laisse cette réduction jointe à ce qui a été prélevé à son profit sera exactement ce qu'il doit conserver de la libéralité.

Appliquons cette théorie à notre espèce. Une moitié de tous les biens de Pierre, soit 50.000 francs a été donnée à un étranger et un quart, soit 25.000 à sa seconde femme : nous prélevons sur la donation faite à l'étranger 25.000 fr. représentant l'augmentation d'un quart en pleine propriété qui existe pour lui : il viendra ensuite en concours sur le disponible restreint ($1/4$) avec une donation égale à celle du nouveau conjoint ; la réduction au marc le franc laissera un demi-quart, soit 12.500 fr. à chacun ; mais, avec ce qui a été prélevé à son profit exclusif, l'étranger se trouvera avoir un quart et demi en tout. En définitive l'étranger aura 37.500 fr. et la seconde femme, 12.500, et la quotité disponible de l'article 913 ne sera point excédée. De cette façon le nouveau conjoint ne se trouvera pas avantagé au détriment de son co-gra-

1. V. Delvincourt, II, p. 223. Marcadé. *Explication du code Napoléon*, art. 1100, 4.

2. Boissonade. *Histoire des droits de l'époux survivant*, p. 469.

tifié comme cela se produit infailliblement quand on le laisse concourir avec lui pour le tout sur un disponible maximum auquel il n'a pas droit.

§ 2. — *De la nullité.*

Nous venons de voir les donations directes ou indirectes qui excèdent la quotité disponible de l'article 1098, soumises quant à cet excédent à l'action en réduction. Nous savons déjà qu'il n'en est pas de même des donations déguisées sous la forme de contrats à titre onéreux ou faites à personnes interposées. Faites entre époux, ces dernières sont radicalement nulles, qu'elles excèdent ou non la quotité disponible. Il convient d'examiner quel est le caractère de cette nullité, à qui en est réservé l'exercice et comment doit se faire la preuve du déguisement de l'acte ou de l'interposition de personnes.

1° *Caractère de la nullité.* — Les libéralités de l'espèce qui nous occupe se dissimulent sous un voile qu'il n'est pas toujours facile de déchirer : il est souvent impossible de restituer à l'acte son véritable caractère et de mettre au jour la supercherie. Aussi le législateur a-t-il fait tout ce qui dépendait de lui pour détourner les disposants de l'idée d'avoir recours à une telle fraude. En formulant une sanction très rigoureuse, il espère inspirer une crainte salutaire et rendre ainsi plus rare cette dissimulation d'autant plus dangereuse qu'elle a de nombreuses chances de réussir. C'est ce qui explique la sévérité de l'article 1099 alinéa 2, qui déclare nulle toute libéralité déguisée ou faite par personne interposée.

Cette sévérité a effrayé un certain nombre d'auteurs au point de leur faire donner de l'article 1099 une interprétation toute différente de la nôtre. En cas d'excès, les donations dont s'agit ne seraient que réductibles à la quotité disponible de même que les donations indirectes : quand l'article 1099, alinéa 2, dit que ces donations sont nulles, il faut, dit-on, sous-entendre : *pour ce qui excède la quotité disponible*. Outre que cette restriction est contraire au texte de la loi, qui prononce la nullité en termes très nets et très absolus, elle aboutit à considérer le deuxième alinéa de notre article comme une répétition incorrecte et inexacte du premier où il est question de la réduction des avantages indirects.

Nous maintenons donc notre opinion qui est, du reste, celle de la majorité des auteurs et des jurisconsultes de notre ancien droit : les libéralités déguisées ou faites par personnes interposées sont nulles dans tous les cas, sans qu'il y ait lieu de rechercher si elles excèdent ou non la quotité disponible, ni dans quel dessein la simulation a été employée (1).

1. Un parti important dans la doctrine soutient, au contraire, qu'il faut s'attacher à l'intention du disposant. Il faudrait distinguer si la donation dissimulée a été faite ou non dans le dessein d'outrepasser la quotité disponible. Dans le premier cas, elle serait nulle : dans le second cas, elle serait simplement réductible. (V. en ce sens Toulhier, V, 991. Marcadé *op. cit.* art. 1058. Aubry et Rau, t. VII, § 690).

Ce système qui aboutit à faire reposer la sanction sur l'intention frauduleuse du disposant donne lieu à des difficultés pratiques insurmontables : il sera le plus souvent impossible de prouver cette intention. D'autre part, les objections que nous avons opposées à la théorie réfutée ci-dessus, conservent ici leur valeur.

2° *Qui peut intenter l'action en nullité ?* — Si l'on admet que la prohibition de l'art. 1099 a uniquement pour objet de sauvegarder les intérêts des réservataires, c'est à ces derniers seuls qu'il faut attribuer l'exercice de l'action. Tel n'est pas notre avis. La nullité prononcée ici par le législateur est, nous croyons l'avoir démontré, absolue et d'ordre public ; il faut donc, logiquement, admettre qu'elle peut être proposée par tout intéressé (1), c'est-à-dire non seulement par les héritiers à réserve, mais aussi par le donateur lui-même et ses créanciers agissant en vertu de l'article 1166.

3° *Preuve du déguisement de l'acte ou de l'interposition de personnes.* — C'est, naturellement à celui qui intente l'action en nullité qu'incombe la charge de prouver la fraude. Tous les moyens seront admis conformément à l'article 1353, titres, témoins et présomptions. En ce qui concerne l'interposition de personnes, il est même des cas où le demandeur en nullité n'aura pas de preuve à administrer.

Le législateur, en effet, a établi certaines présomptions légales d'interposition de personnes qui dispensent de toute preuve celui au profit de qui elles existent et contre lesquelles aucune preuve contraire n'est admise (art 1352). Elles sont indiquées dans l'article 1100 ainsi conçu : « Seront réputées faites à personnes interposées les

1. *En ce sens* Demolombe, t. XXIII, n° 615. Colmet de Sa utterre, t. IV, n° 479 *bis*. La jurisprudence, au contraire, se prononce généralement dans le sens de la nullité relative invocable par les seuls réservataires. V. notamment Riom, 9 août 1843 et Cass. 22 juillet 1884.

donations de l'un des époux aux enfants ou à l'un des enfants de l'autre époux, issus d'un autre mariage, et celles faites par le donateur aux parents dont l'autre époux sera héritier présomptif au jour de la donation, encore que ce dernier n'ait point survécu à son parent donataire. » Par *enfants*, nous devons entendre tous les descendants, à quelque degré qu'ils soient issus d'un précédent mariage, du conjoint bénéficiaire ; de même, le mot *donation* doit évidemment s'interpréter dans le sens le plus large et s'applique aux libéralités testamentaires comme aux donations entre-vifs.

Nous avons déjà rencontré un système de présomptions légales d'interposition de personnes organisée par l'Edit de 1560, mais on se rappelle combien le champ d'application de ces présomptions était plus restreint que celui du Code civil (1).

Tel est dans ses grandes lignes, l'ensemble des mesures prises par le législateur de 1804 pour sauvegarder les intérêts des enfants de premier lit en cas de second convol de leur auteur. Ces mesures sont-elles efficaces, et la répression des fraudes se trouve-t-elle parfaitement assurée ? Sans doute, à l'époque de la confection du Code où les immeubles constituaient encore la majeure partie des fortunes, la plupart des opérations frauduleuses pouvaient se découvrir et s'atteindre, car elles s'appliquaient le plus souvent à ces biens dont il est toujours facile de déterminer l'origine et l'identité. Mais, aujourd'hui, les

1. Suivant l'Edit, seuls le père, la mère et les enfants du nouvel époux étaient présumés personnes interposées et comme tels, ne pouvaient recevoir du conjoint convolant en secondes noces, v. *suprà* p. 97.

fortunes se composent surtout de valeurs mobilières, c'est-à-dire d'éléments qui peuvent passer d'un patrimoine dans un autre sans attirer l'attention, sans laisser la moindre trace. Il est donc de plus en plus facile d'é luder les prohibitions de la loi : le père ou la mère remarié qui veut dépouiller ses enfants du premier lit au profit de son nouveau conjoint a mille moyens fort simples de parvenir à ses fins : il peut épuiser les trois quarts de sa fortune en donnant au second époux, par exemple, tous ses titres au porteur : comment les enfants, à sa mort, pourront-ils, eux, établir et prouver l'opération frauduleuse qui les réduit peut-être à la gêne ? Le danger est grave et nous le croyons sans remède pratique. Mais, est-ce une raison parce que des gens sans scrupules se joueront impunément des mesures protectrices du Code, pour effacer ces mesures et rayer de nos lois ces prohibitions ? (1) Nous ne le croyons pas. Les articles 1098, 1099 et 1100 posent des principes fort sages, et si l'on peut regretter que des fraudeurs échappent trop souvent à la sanction, il importe de garder la règle pour les citoyens, heureusement nombreux encore, qui croient de leur devoir de se soumettre aux lois.

1. Cette thèse étrange a été soutenue. v. Rafin, *Protection des enfants du premier lit contre les libéralités faites au second époux* (thèse Paris 1899) p. 140.

SECTION V

LOI DU 9 MARS 1891. — SITUATION DES ENFANTS DU PREMIER LIT EN FACE DE L'USUFRUIT LÉGAL DU CONJOINT SURVIVANT.

En organisant le droit successoral du conjoint survivant, le législateur de 1891 n'a pas oublié qu'en présence de cet époux dont il s'occupe avec une légitime sollicitude, pourraient se trouver d'autres personnes dont il convient de ne pas sacrifier les intérêts : il a pris des dispositions spéciales pour le cas où le prédécédé laisse des enfants du premier lit.

Le nouvel art. 767 (alinéa 4) reproduit les termes mêmes de l'art. 1098 ; quand il y a des descendants d'un précédent mariage du *de cuius*, la jouissance du nouvel époux ne peut grever que la portion des biens dont son conjoint remarié aurait pu disposer à son profit (1) : le survivant ne peut prendre sur les biens du prédécédé que l'usufruit d'une part d'enfant le moins favorisé, sans que cette portion puisse dépasser le quart.

1. Art. 767 : «... Le conjoint survivant non divorcé qui ne succède pas à la pleine propriété et contre lequel n'existe pas de jugement en séparation de corps passé en force de chose jugée, a, sur la succession un droit d'usufruit qui est :

D'un quart si le défunt laisse un ou plusieurs enfants issus du mariage ;

D'une part d'enfant légitime le moins prenant sans qu'elle puisse excéder le quart, si le défunt a des enfants d'un précédent mariage ;

De moitié dans tous les autres cas, quels que soient le nombre et la qualité des héritiers »,

La loi nous indique sur quelle masse de biens doit être calculé ce droit d'usufruit : « le calcul sera opéré sur une masse faite de tous les biens existant au décès du *de cujus* auxquels seront réunis fictivement ceux dont il aura disposé, soit par actes entre-vifs, soit par acte testamentaire au profit de successibles sans dispense de rapport ».

Ce système se rapproche de celui qu'a établi l'art. 922 pour le calcul de la quotité disponible, sans cependant se confondre avec lui. En effet, le rapport fictif de l'art. 922 s'étend même aux biens donnés à des étrangers, et aux biens donnés par préciput et hors part à l'un des successibles, tandis que celui de la loi de 91 n'atteint, comme celui de l'art. 1098 (1), que les biens donnés à des successibles sans dispense du rapport.

Sur la masse ainsi formée, le conjoint survivant prend son usufruit égal, selon les cas, à une part d'enfant ou au quart ; mais s'il avait reçu du *de cujus* une libéralité en pleine propriété, il serait tenu de l'imputer sur son droit en usufruit. Lorsqu'il y a des enfants d'un précédent mariage du défunt, nous savons que la loi considère comme de véritables libéralités les avantages résultant des conventions matrimoniales ; il faudra donc imputer ces avantages. « L'époux survivant, dit l'art. 767 (al. 8) ces-

1. Il est, cependant, une libéralité que nous ne faisons pas rapporter fictivement quand il s'agit de l'art. 1098 et qui doit l'être, au contraire pour l'application de l'art. 767 ; c'est la libéralité faite au conjoint : c'est que, dans le cas de l'art. 767, le conjoint est successible, tandis que dans l'hypothèse de l'art. 1098, il est seulement donataire ou légataire au même titre qu'un étranger.

sera d'exercer son droit dans le cas où il aurait reçu du défunt des libéralités, même faites par préciput et hors part, dont le montant atteindrait celui des droits que la présente loi lui attribue, et, si ce montant était inférieur, il ne pourrait réclamer que le complément de son usufruit ».

En cas de second convol de l'époux usufruitier, ses droits déjà restreints s'évanouissent complètement s'il existe des descendants du défunt (art. 767 *in fine*). Cette disposition a été vivement critiquée, car on l'a considérée, bien à tort selon nous, comme un retour au vieux système des peines de secondes noces. Nous ne croyons pas exacte cette manière de voir. La loi a un autre but : c'est la protection des enfants issus des mariages du défunt, aussi bien de son union avec l'usufruitier que de ses unions antérieures. On a craint, non sans raison, que la nouvelle situation qui leur était faite par le convol fût pour eux moins favorable que l'ancienne ; et on a voulu les protéger dans une certaine mesure en retirant à leur profit l'usufruit au remarié. Il était à redouter que ce dernier en fût tenté de distraire la plus grosse part des revenus ou même de les capitaliser pour en faire profiter le nouvel époux : ce danger est ainsi écarté.

Si la loi de 91 s'est montrée sur ces points fort rigoureuse envers le conjoint remarié, elle a craint de dépasser la mesure en faisant de la réserve des enfants une chose absolument intangible et sacrée. Elle a reconnu que les intérêts supérieurs de l'humanité pouvaient réclamer de ces enfants un sacrifice quand leur père ou leur mère se trouve dans le besoin, et ce sacrifice,

elle n'a pas hésité à le leur imposer. Le nouvel article 205 C. civ. décide que la succession de l'époux prédécédé, alors même que celui-ci laisserait des enfants d'un premier lit, doit des aliments au conjoint survivant dont la fortune est insuffisante. La réserve des enfants du premier lit pourra être atteinte, peu importe : la créance alimentaire du survivant doit s'acquitter avant tout.

APPENDICE

Etablissement des enfants de premier lit.

Dans l'intérêt des enfants, le législateur n'a pas hésité à faire brèche au principe de l'inaliénabilité des biens dotaux : la femme dotale peut donner ses immeubles pour l'établissement de ses enfants, que ces derniers soient issus d'une précédente union, (art. 1555) ou du mariage actuellement existant (art. 1556). Mais tandis que, pour ces derniers, elle ne peut aliéner qu'avec l'autorisation maritale, quand il s'agit de ses enfants de premier lit, l'autorisation de justice peut suppléer celle que le mari refuse.

La loi suppose que dans le cas où il est question de ses propres enfants, le mari ne refusera point son autorisation injustement et sans motifs graves ; au contraire, lorsqu'il s'agit des enfants issus d'un premier mariage de la femme, il est à craindre que le parâtre ne se montre partial et mal disposé et ne cherche à empêcher la dotation de ses beaux-fils. Le refus du père sera donc sans appel ; le refus du parâtre suspect d'arbitraire sera susceptible d'un recours aux tribunaux.

Quand la justice accorde l'autorisation, l'aliénation ne peut jamais porter que sur la nue-propriété des biens composant la dot, car l'usufruit de ces biens appartient au mari (art. 1555 *in fine*).

La portée de l'art. 1555 doit être, croyons-nous, interprétée très largement.

Par *enfants* d'un mariage antérieur, il faut entendre tous les descendants légitimes. La femme pourra non seulement « donner » mais vendre ses biens dotaux pour en consacrer le prix à leur « établissement » et dans ce terme nous comprenons comme l'art. 204 tout établissement par mariage *ou autrement*, achat d'un fonds de commerce par exemple, ou d'un office ministériel.

Sous le régime de la communauté légale, le mari peut, naturellement, donner ses propres pour l'établissement de ses enfants d'un autre lit ; il peut même consacrer à cet usage des effets mobiliers de la communauté à la condition qu'il ne s'en réserve point l'usufruit (art. 1422), et à charge de récompense (art. 1469). Aucune règle spéciale n'est édictée en faveur des enfants que la femme commune pourrait avoir d'un précédent mariage. Même si elle veut disposer de ses biens propres pour assurer l'établissement de ceux-ci, elle aura besoin de l'autorisation maritale : il est vrai que cette autorisation pourra être, conformément au droit commun, suppléée par celle de justice, s'il est prouvé que le mari la refuse injustement.

CONCLUSION

Nous avons vu la condition intéressante de l'enfant de premier lit faire l'objet de la sollicitude de tous les législateurs chrétiens. Effacé à l'origine dans la Rome païenne, puis sacrifié à des vues politiques et sociales mal comprises, l'enfant trouve sous l'influence de l'Eglise la protection à laquelle il a droit.

Dès l'avènement du christianisme comme religion officielle de l'Empire, les secondes noces tombent en discrédit, sont entravées de mille façons ; les personnes remariées se voient frapper par les lois de déchéances multiples ; des précautions parfois exagérées sont prises contre le nouvel époux, et l'enfant issu d'une première union bénéficie de toutes ces mesures. Nous savons comment nos ancêtres Germains naturellement enclins à se poser en champions des petits et des faibles, se hâtèrent à leur établissement dans la Gaule romanisée du V^e siècle, d'adopter la plupart de ces règles protectrices si conformes à leur caractère généreux. Même dans le droit confus du Moyen-Age, les enfants de premier lit ne sont point tout à fait négligés ; un grand nombre de coutumes se montrent soucieuses de leur sauvegarde. Au milieu du XVI^e siècle, intervient la réforme capitale de l'Edit de François II dont les sages dispositions empruntées au droit byzantin restent en vigueur jusqu'en 1789. La Révolution vient

bouleverser ce système protecteur de notre ancien droit, que le législateur de 1804, mieux avisé s'est empressé de restaurer, mais en partie seulement, et non sans d'importantes modifications.

L'étude que nous venons de terminer ici serait, évidemment, aussi incomplète que stérile, si elle se bornait à un exposé des mesures diverses prises par les législateurs successifs relativement à notre sujet : il faut profiter de ces leçons du passé, tirer une conclusion pratique de l'expérience des siècles.

La législation française actuelle a cru devoir se préoccuper, comme ses devancières, du sort fait aux enfants du premier mariage par un second convol de leur auteur ; à une situation exceptionnellement fâcheuse elle a jugé bon et équitable d'apporter des remèdes exceptionnels, en formulant en leur faveur des règles toutes spéciales. Nous ne saurions l'en blâmer : bien au contraire, Mais les mesures édictées, les précautions prises atteignent-elles pleinement le but poursuivi, sont-elles de tous points irréprochables. Nous ne le croyons pas.

Pour ce qui concerne la protection de la personne des enfants issus d'un premier lit, le législateur, sans doute, a fait tout ce qu'il lui était possible de faire. Il n'en est pas de même des règles relatives à la sauvegarde de leurs intérêts pécuniaires : ici, le Code civil nous semble fort critiquable.

Nous avons déjà signalé l'inconséquence de la loi qui laisse au père remarié la jouissance légale des biens de ses enfants mineurs du premier lit, tandis qu'elle retire cette jouissance à la mère convolant en secondes noces.

Notre ancien droit était bien plus logique, qui, dans un cas semblable, frappait les deux époux de la même déchéance (1). Nous en dirons autant de la législation italienne : sœur de la nôtre à plusieurs points de vue, elle n'hésite pas à s'en séparer sur ce point spécial (2). Le nouveau Code civil allemand qui représente la dernière étape de la science juridique moderne, se montre, aussi, moins confiant que le nôtre à l'endroit du père remarié (3).

Les dispositions de l'article 1098 que nous avons analysé et commenté dans notre quatrième partie méritent surtout que nous nous y arrêtions quelque temps.

A notre avis, le législateur de 1804 est allé trop loin en fixant au quart des biens du remarié le maximum de la quotité disponible au profit du nouvel époux. Cette

1. V. *suprà*, p. 81, art. 268 de la Coutume de Paris.

2. *Code civil italien* de 1865 (édit. Huc et Orsier), art. 232 : « L'usufruit légal cesse par le décès de l'enfant et par le second mariage de ses père et mère ».

3. *Code civil allemand* mis en vigueur le 1^{er} janvier 1900 (édit. de la Grasserie) art. 1669 : « Lorsque le père veut se remarier, il doit faire connaître son intention au tribunal de tutelle, présenter un état des biens soumis à sa gestion, et si, relativement à ses biens, il y a indivision entre lui et son enfant, demander le partage.. » Le code allemand se montre aussi, à cet égard, plus sévère que notre droit français envers la mère remariée : son art. 1697, dispose, en effet que « la mère perd la puissance paternelle lorsqu'elle se remarie. Elle conserve, cependant le droit et le devoir de prendre soin de la personne de l'enfant ». Chez nous, au contraire, nous savons que la mère peut être, en dépit de son convol, maintenue dans la tutelle par le conseil de famille (art. 395 al. 1).

règle introduite hâtivement et sans réflexion dans notre Code ne s'imposait en aucune façon : nous voudrions qu'on en revînt purement et simplement au principe posé par le premier chef de l'Edit de 1560 et que le nouveau conjoint pût, dans tous les cas, recevoir une part d'enfant moins prenant (1).

En revanche, nous ne pouvons que regretter la disparition de la mesure toute équitable qu'on a vu introduire par la loi *Feminae*, retrouvée dans la loi Salique, puis dans un grand nombre de nos coutumes du Nord, qui apparut enfin consacrée par l'œuvre du chancelier de l'Hospital. Nous voulons parler de la réserve pour les enfants d'un premier lit des biens que leur auteur remarié tient de la libéralité de son premier époux. Cette réserve, on le sait, n'a pas été admise par les rédacteurs de notre Code : aujourd'hui, lorsqu'un mari, par exemple, a fait des avantages en propriété à sa femme, ces avantages deviennent partie intégrante de la fortune de cette dernière. Si elle se remarie, elle ne peut, il est

1. Le principe même d'une réserve spéciale pour les enfants de premier lit est loin d'être admis universellement en Europe : l'Angleterre, l'Autriche, la Suède et la Russie vivent sous le régime de la liberté illimitée des donations et des testaments. Le *Code allemand* ne reconnaît comme réservataires que le père, la mère et le conjoint survivant. Il n'y a qu'un seul et unique disponible qui n'est point restreint, comme chez nous à l'égard du second conjoint par le seul fait qu'il existe des enfants d'un premier mariage. Les Codes *belge* (art. 1098) et *néerlandais* (art. 236-237) reproduisent notre article 1098. Il en est de même du *C. civ. italien* (art. 770) avec cette différence que lorsqu'il n'existe qu'un enfant de premier lit, le nouvel époux peut recevoir la moitié de la succession (art. 805).

vrai, en donner qu'une faible partie à son nouveau conjoint ; mais le reste, après sa mort, n'est pas attribué comme le décidaient le droit romain et notre ancienne législation, aux seuls enfants du premier mariage : ceux des mariages subséquents profiteront des libéralités que leur mère, à coup sûr, n'avait point reçues dans cette prévision. Selon toutes probabilités, le défunt n'avait fait à sa femme des avantages peut-être considérables, que dans la pensée que ses enfants ne seraient que momentanément privés de leur valeur. Conçoit-on rien de plus révoltant que de voir ces enfants de l'époux prédécédé dépouillés de sa fortune au profit de leurs frères du second lit ? (1)

Sans doute, nous savons que le rétablissement dans notre Code civil d'un système analogue à celui de la loi *Femineæ* serait la source de complications et de difficultés pratiques, qu'il se heurterait au principe fondamental de la prohibition des substitutions (art. 896).

Mais ce principe est-il intangible ? Ne lui a-t-on point fait brèche quand il s'est agi de sauvegarder des intérêts respectables ?

1. A la différence du nôtre, le *Code civil espagnol* de 1839, a conservé la réserve spéciale de la loi *Femineæ*. Son article 968 est ainsi conçu : « En outre de la réserve imposée en l'article 811, le veuf ou la veuve qui contracte un second mariage, sera obligé de réserver aux enfants et descendants du premier, la propriété de tous les biens qu'il a reçus de son époux défunt par testament, par succession *ab intestat*, donation ou tous autres titres gratuits, sauf toutefois sa moitié dans les acquêts ». Le *Code portugais* (art. 1235-1236) s'exprime en termes analogues.

Lorsqu'un père de famille prévoit que son fils dissipateur pourrait dilapider au détriment de ses descendants la fortune qu'il lui laisse, le Code permet à ce père de famille de sauvegarder les intérêts de ses petits-enfants, en grevant le fils donataire de substitution à leur profit (art. 1048).

Pourquoi le législateur ne prendrait-il point une mesure de protection semblable en faveur des enfants du premier lit ? Ne pourrait-il donc, pour mettre fin à la situation choquante que nous avons signalée, admettre une seconde exception au principe et grever le père ou la mère qui se remarie d'une obligation de conserver et de rendre ? Cette seconde dérogation à l'article 896, il nous semble que l'équité l'impose avec autant de force et la justifie tout aussi pleinement qu'elle impose et justifie la règle exceptionnelle de l'article 1048. Quoi que l'on puisse penser des difficultés d'une telle réforme, la question nous paraît de celles qui mériteraient examen.

Vu par le Président de la these,
LEFEBVRE

Vu : le Doyen,
GLASSON

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris
GRÉARD

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION. — Nécessité de protéger les enfants de premier lit en cas de second convol de leurs auteurs. — Coup-d'œil d'ensemble et division du sujet.	5

PREMIÈRE PARTIE

Droit Romain

CHAPITRE I ^{er} . — Des Origines à Constantin	11
<i>Section I.</i> — Royauté et République	12
<i>Section II.</i> — Empire païen.	14
CHAPITRE II. — Législation des empereurs chrétiens. — Influence du christianisme	20
<i>Section I.</i> — De Constantin à Justinien	22
1. — Mesures relatives à la garde, à l'éducation et à la tutelle des enfants de premier lit.	24
2. — Lois <i>Femineæ et Generaliter</i> . — Constitutions impériales intervenues de 382 à 472.	27
3. — Constitution <i>Hac Edictali</i>	35
<i>Section II.</i> — Législation de Justinien.	41
§ 1. — Dispositions concernant la garde, l'éducation et la tutelle des enfants de premier mariage. Condition de la mère tutrice en cas de second convol	42
§ 2. — Réserve pour les enfants de premier lit des biens que l'époux remarié a reçus de son premier conjoint	48
§ 3. — Réglementation des droits de l'époux remarié à la succession de ses enfants du premier lit mort sans postérité	54
§ 4. — Perte pour le conjoint remarié des libéralités de son premier époux affectées d'une clause de viduité. . .	56
§ 5. — Restrictions au droit de disposition de l'époux remarié. — Modifications à la loi <i>Hac Edictali</i> . . .	58
§ 6. — Dispositions générales. — Règles communes à	

toutes les peines des secondes noccs établies dans l'intérêt des enfants de premier lit.	62
<i>Section III.</i> — Les successeurs de Justinien.	64

DEUXIÈME PARTIE

Législation de l'Ancienne France.

Préliminaires. — Coutumes celtiques et germaniques. — Di- visions du sujet	67
CHAPITRE I ^{er} . — Très ancien droit (de l'invasion germanique jusqu'au xvi ^e siècle).	70
<i>Section I.</i> — Lois Barbares	71
Loi Salique.	71
Loi des Ripuaires.	75
Lois des Wisigoths	76
Lois des Burgondes	77
<i>Section II.</i> — Epoque féodale. — Les premières coutu- mes.	80
§ 1. — Puissance paternelle. — Droit de garde. — Tu- telle	80
§ 2. — Protection des intérêts pécuniaires des enfants de premier lit	87
CHAPITRE II. — L'Édit de 1560 et l'Ordonnance de Blois . . .	94
<i>Section I.</i> — Analyse et commentaire du premier chef de l'Édit	95
§ 1. — Champ d'application de la règle posée par le premier chef	97
1 ^o A quelles personnes s'applique la prohibition . . .	97
2 ^o A quelles catégories de libéralités	100
3 ^o Montant de la quotité disponible en faveur du second conjoint	104
§ 2. — Sanction de la prohibition. — Réduction de la libéralité excédant la quotité disponible	109
<i>Section II.</i> — Etude du second chef de l'Édit	112
<i>Section III.</i> — Influence de l'Édit des Secondes noccs en pays de coutume	118
Extension donnée au deuxième chef de l'Édit par les coutu- mes de Paris et d'Orléans	119
<i>Section IV.</i> — Disposition spéciale de l'Ordonnance de Blois.	123
CHAPITRE III. — Dernier état de l'ancien droit	129

§ 1. — Protection de la personne et des biens des enfants de premier lit	130
§ 2. — Protection de leurs droits héréditaires.	135
<i>Appendice.</i> — Législation des pays de droit écrit	138

TROISIÈME PARTIE

Droit intermédiaire

Abrogation de l'ancienne législation. — Loi du 17 nivôse an II.	145
---	-----

QUATRIÈME PARTIE

Législation actuelle.

Esprit des dispositions du Code civil sur la protection des en- fants de premier lit. — Travaux préparatoires	149
CHAPITRE I. — Protection de la personne et des biens des enfants de premier lit	151
<i>Section I.</i> — Puissance paternelle.	156
§ 1. — Restrictions au droit de correction du père rema- rié	158
§ 2. — Exercice de la puissance paternelle par la mère remariée.	164
§ 3. — Garde des enfants en cas de divorce	165
<i>Section II.</i> — Tutelle.	166
§ 1. — Le second convol du père est sans influence	166
§ 2. — Influence d'un second convol sur la tutelle exer- cée par la mère	167
§ 3. — Influence d'un second convol sur le droit accordé aux père et mère de choisir un tuteur à leurs en- fants	174
CHAPITRE II. — Protection des droits successoraux des enfants de premier lit.	176
Dispositions des articles 1098-1099 du Code civil	176
<i>Section I.</i> — Caractère de ces dispositions	177
<i>Section II.</i> — Champ d'application de l'article 1098 et de l'article 1099	178
1°. — Personnes auxquelles ils s'étendent.	178
2°. — Avantages et libéralités qu'ils visent. — Art. 1496 et 1527	179
<i>Section III.</i> — Quotité disponible.	185
§ 1. — Montant de cette quotité	186

§ 2. — Combinaison de la quotité disponible de l'art. 1098 avec le disponible de l'article 913.	192
<i>Section IV.</i> — Sanctions de l'article 1093 et de l'article 1099.	194
§ 1. — Action en réduction	195
A. — Qui peut exercer l'action en réduction.	195
B. — Contre qui	196
C. — Au profit de quelles personnes.	196
D. — En raison de quelles libéralités.	197
§ 2. — Action en nullité	201
<i>Section V.</i> — Loi du 9 mars 1891. — Situation des enfants de premier lit en face de l'usufruit légal du conjoint survivant	206
<i>Appendice.</i> — Etablissement des enfants d'un premier mariage.	210
CONCLUSION. — Critique de la législation française actuelle mise en parallèle avec quelques législations étrangères.	213

Jouve et Boyer, Imprimeurs, 15, rue Racine, Paris.
